دكتور
مصباح المتولى السيد حماد
أستاذ الفقه المقارن المساعد
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر بالقاهرة



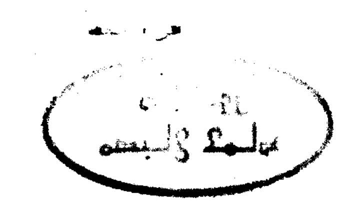
مدى تبعية
الثمر والشجر والزرع لأصله فى البيع

دراسة فقهية مقارنة

الطبعة الأولى

الناشر
دار النهضة العربية
٢٣ شارع عبد الخالق ثروت
القاهرة

١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م





تقديم البحث

الحمد لله خلق الانسان وكرمه وعلمه البيان ليحمده. أرسل الرسل وختمهم بحبيبه وحبيبنا محمد ﷺ فكانت رسالته خاتمة الرسالات وكتابه هو خاتم الكتب والمهيمن على ماسبقه. فيه نبأ من قبلنا وخبر من بعدنا كتاب ﴿لايأتيه الباطل من بين يديه ولامن خلفه تنزيل من حكيم حميد﴾[1]، من اتخذه اماما له حاز خير الدنيا والآخرة، ومن اتخذه خلفه خسر الدارين.

ونشهد أن سيدنا ونبينا محمدا رسول الله أمرنا باتباعه واتخاذه قدوة واسوة حسنة صلوات ربى عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم واستضاء بنورهم وترسم هديهم الى أن يرث الله الارض ومن عليها... وبعد

فان الشريعة الاسلامية قد عنيت بالمعاملات. وفصل الفقهاء أحكامها على ضوء الكتاب والسنة والأثر. وقد دفعنى الواقع العملى الذى أعيشه من حولى إلى دراسة نوع من البيوعات يحدث فى مجتمعنا فقد يبيع الانسان شجرته وعليها ثمر، وقد يبيع أرضه وفيها شجر أو زرع أو بذر وذلك دون ذكر للثمر أو للشجر أو للزرع فى العقد فيقع التساؤل فى النوع الأول لمن تكن الثمرة هل لبائع الشجرة، أم لمشتريها ؟ وفى النوع الثانى لمن يكون الشجر أو الزرع أو البذر، هل لبائع الأرض، أم لمشتريها ؟ وماهى الآثار المترتبة على الحكم بشيئ من هذا لأحد المتعاقدين؟

وللاجابة على هذه التساؤلات استخرت الله وعقدت العزم على اعداد

(١) سورة فصلت، آية: ٤٢.

هذه الدراسة المقارنة على ضوء كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، وآثار الصحابة والتابعين، وأقوال الفقهاء. وعنونت لهذه الدراسة بقولي **«مدى تبعية الثمر، والشجر، والزرع لأصله في البيع. دراسة فقهية مقارنة»**، وكان منهجي في البحث هو ماجرى عليه عرف أهل المقارنات الفقهية من تحرير محل النزاع ثم ذكر الاقوال فيه، ثم اتبعها بأدلة كل قول مع المناقشة والترجيح عند امكان الترجيح، وعند تعذر هذا المنهج لكثرة التفصيلات وشدة ترابطها في المذهب الواحد وانسجامها، كنت افرد كل مذهب في المسألة على حدة، ثم اعقد المقارنة في نهاية المسألة.

وعند وجود مسألة في مذهب لم يتعرض لها غيره كنت اذكرها منفردة لبيان حكمها عند من تناولها.

وقد اعتمدت على المذاهب الأربعة المشهورة، مضافا اليها المذهب الظاهري، ومذهب الاباضية وأقوال بعض الصحابة والتابعين.

ولقد حرصت على ذكر النصوص الفقهية -وقد اذكرها بالمتن، وقد اذكرها بالهامش ودأبي هو الاعتماد على أخذ كل مذهب من مصادره الصادرة عن فقهائه، مع تحقيق المنقول للتأكد من صحة النقل فأذكر المنقول والناقل، ثم أذكر مارأيته في مصادر المذهب المنقول. كما حرصت على بيان معاني الالفاظ التي تحتاج الى بيان.

وقد قسمت هذه الدراسة الى تمهيد، وبابين، ثم ثبت المصادر.

أما التمهيد، فتناولت فيه بيان بعض المصطلحات الواردة في البحث (كالأصل، والتابع، والثمر، والزرع، والارض، والغراس، والبيع ...».

وأما الباب الأول فهو في مدى تبعية الثمرة لشجرتها في البيع. وجعلته في فصول خمسة تحوي مباحث ومطالب وفروع.

الفصـل الأول: فى النص الحاكم للموضوع.

الفصل الثانى: موقف الفقهاء من تبعية الثمرة لنخلتها فى البيع.

الفصل الثالث: موقف الفقهاء من تبعية ثمر غير النخلة لشجرته فى البيع.

الفصل الرابع: موقف الفقهاء من تبعية غير الثمر لشجرته فى البيع.

الفصل الخامس: متفرقات فى هذا الباب.

وأما الباب الثانى فهو فى مدى تبعية الشجر والزرع والبذر للارض فى البيع.

وجعلته فى فصلين فيهما مباحث ومطالب وفروع.

الفصل الأول: مدى تبعية الشجرة للارض فى البيع.

الفصل الثانى: مدى تبعية الزرع والبذر للارض فى البيع.

الله أسأل أن يجنبنى الزلل ويلهمنى الصواب، ويجعل عملى نافعا مقبولا ... آمين.

المؤلف

تمهيد

معنى البيع:

البيع لغة: موضوع لمعنى معقول فى اللغة، وهو تمليك المال بمال بايجاب وقبول عن تراض منهما. وهذا كما يقول الجصاص: هو حقيقة البيع فى مفهوم اللسان، وليست حقيقته وقوع الملك به للعاقد، ألا ترى ان البيع المعقود على شرط خيار المتبايعين لم يوجب ملكا؟ وهو بيع، والوكيلان يتعاقدان البيع ولايملكان[١]. والبيع: مطلق المبادلة[٢] أو مقابلة شئ بشئ[٣]، والبيع مصدر باع، والجمع بيوع، وهو من اسماء الاضداد يطلق على البيع والشراء، كالقرء للحيض والطهر. ولغة قريش: استعمال باع اذا اخرج فالبائع باذل السلعة، واستعمال اشترى إذا أدخل، وهذه اللغة أفصح واصطلح عليها العلماء تقريبا للفهم، وأما شرى فيستعمل بمعنى باع كما فى قوله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس﴾[٤]، أى باعوه، ومنه يعلم أن هناك فرقا بين شرى واشترى[٥].

وأما فى الاصطلاح الفقهى فللفقهاء عبارات فيه، وهى وان اختلفت لفظا إلا أنها متحدة معنى، فضلا عن أن معرفة حقيقة البيع بينة واضحة مما دعا إبن عبد السلام والباجى من المالكية إلى القول: أنه لاحاجة إلى تعريف البيع حيث أن معرفة حقيقته ضرورية حتى للصبيان[٦]، وأجيب

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ١ ص ٥٦٨ ، ٥٦٩.

(٢) التعريفات للجرجانى ص ٢١. المصباح المنير جـ١ ص ٦٩.

(٣) تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى جـ٤ ص ٢١٥.

(٤) سورة يوسف . جزء من الآية: ٢٠.

(٥) المصباح المنير جـ١ ص ٦٩ (بيع). تفسير القرطبى جـ٣ ص ٢٣١. الهداية وشروحها جـ٥ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، شرح الخرشى وعليه العدوى جـ٥ ص ٣ ، ٤، سبل السلام جـ٣، ص٤.٣. كشاف القناع جـ٣، ص ١٤٥، فتح البارى جـ٤، ص ٣٣٦.

(٦) شرح الخرشى وحاشية العدوى السابق.

عنه من ابن عرفة: أن المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره، وهذا لايلزم منه علم حقيقته[١]. نختار لتعريف البيع اصطلاحا ماعرفه به الحنفية حيث قالوا «مبادلة المال بالمال بالتراضى»[٢]، وهو ماعرفه به الصنعانى حيث قال: «وحقيقة البيع لغة تمليك مال بمال، وزاد فيه الشرع قيد التراضى»[٣].

معنى التبعية:

التبعية فى لسان العرب تعنى: الموافقة والمعية، واللحاق بلا فصل، وجعل الشئ تابعا لغيره.

جاء فى المصباح: تبع زيد عمرا (تبعا) من باب تعب، مشى خلفه أو مرّ به فمضى معه. والمصلّى (تبع) لامامه، والناس (تبع) له (والتبع) يكون واحدا وجمعا ويجوز جمعه على (أتباع) مثل سبب وأسباب. و(تتابعت) الأخبار جاء بعضها اثر بعض بلافصل. و (تبع) الامام إذا تلاه. و(تبعه) لحقه. و(تابعه) على الامر، وافقه. و(تتابع) القوم (تبع) بعضهم بعضا. و (أتبعت) زيدا عمرا بالالف جعلته (تابعا له) و (التبيع) ولد البقرة فى السنة الاولى وسمى (تبيعا) لانه يتبع أمه[٤].

وقال الأخفش: (تبعه) و (أتبعه) بمعنى. مثل رَدِفَه وأَرْدَفَه. ومنه قوله تعالى: ﴿إلا من خطف الخطفة فأتبعه شهاب ثاقب﴾[٥]. و(التبيع) التابع، وقوله تعالى: ﴿ثم لاتجدوا لكم علينا به تبيعا﴾[٦]، قال الفراء: أى

---

(١) المصدر السابق.

(٢) شرح العناية، والكفاية جـ٥ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى جـ٤، ص٢.

(٣) سبل السلام جـ٣، ص ٣ ، ٤، ولاحظ أحكام القرآن للجصاص جـ١، ص ٥٦٨ ، ٥٦٩.

(٤) المصباح المنير جـ ١ ص ٧٢ (كتاب التاء)، مختار الصحاح ص ٤٧ (باب التاء).

(٥) سورة الصافات، آية: ١٠.

(٦) سورة الاسراء، آية: ٦٩.

ثائرا ولاطالبا، وهو بمعنى تابع. و(التبع) يكون واحدا وجمعا. قال الله تعالى: ﴿إنا كنّا لكم تبعا﴾[(١)]. وجمعه أتباع[(٢)].

وفي التعريفات: «التابع: هو كل ثان باعراب سابقه من جهة واحدة»[(٣)].

معنى الأصل:

الأصل في اللغة أساس الشئ وأسْفَله. جاء في المصباح: «أصل الشئ أسفله، وأساس الحائط أصله، واستأصل الشئ ثبت أصله وقوى، ثم كثر حتى قيل: أصل كل شئ مايستند وجود ذلك الشئ إليه، فالاب أصل للولد، والنهر أصل للجدول. والجمع أصول. واصلته تأصيلا جعلت له اصلا ثابتا يبنى عليه»[(٤)]. وفي التعريفات: «الاصل هو مايبني عليه غيره. والاصول جمع اصل، وهو في اللغة عبارة عما يفتقر اليه، ولايفتقر هو الى غيره»[(٥)].

فالأصل لغة اساس الشئ وأسفله. وكل مايستند وجود ذلك الشئ اليه، وهو كل مايفتقر اليه غيره، ولايفتقر هو الى غيره. وجمع الاصل أصول.

وأما في الشرع «فهو مايبنى عليه غيره ولايبنى هو على غيره،

---

(١) سورة ابراهيم، آية: ٢١ ، سورة غافر، آية: ٤٧.

(٢) مختار الصحاح السابق.

(٣) وخرج بهذا القيد -من جهة واحدة- خبر المبتدأ، أو المفعول الثاني، والمفعول الثالث، من باب علمت وأعلمت، فان العامل في هذ الاشياء لايعمل من جهة واحدة. وهو خمسه أضرب تأكيد، وصفة ، وبدل، وعطف بيان، وعطف بحرف. التعريفات للجرجاني، ص٣٢ (باب التاء).

(٤) المصباح المنير جـ١ ص ١٦، كتاب الالف (أصل). لسان العرب جـ١ ص ٦٨. مختار الصحاح ص١٧.وانظر حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٤

(٥) التعريفات للجرجاني ص ١٣، (باب الألف).

والاصل مايثبت حكمه بنفسه ويبنى عليه غيره »[١].

والمرد بالاصل فى بحثنا انه: «مايتبعه غيره فى دخوله فى عقد البيع».

يقول القليوبى فى هذا الصدد: «الاصول جمع اصل، والمراد به مايتبعه غيره فى دخوله فى العقد»[٢].

أما عن مفردات هذا الاصل فى باب بيع الاصول والثمار. فالأكثر يذكر: «الشجر، والارض، والبناء». والبعض يذكر: «الشجر، والارض». والبعض يقول: «الشجر وكل مايثمر مرة بعد آخرى»[٣].

قال الإمام الشافعى رحمه الله: «وكل أرض بيعت بحدودها فلمشتريها جميع مافيها من الأصل»، ثم بين المراد بالاصل فقال: «والاصل ماوصفت مما له ثمرة بعد ثمرة من كل شجر، وزروع مثمرة، وكل مايثبت من الشجر والبنيان. وما كان مما يخف من البنيان مثل البناء بالخشب فانما هذا مميز كالنبات والجريد فهو لبائعه الا ان يدخله المشترى فى صفقة البيع فيكون له بالشراء. وكل هذا اذا عرف المشترى والبائع مافى شجر الارض من الثمر، وفى أديم الارض من الزرع»[٤]. وفى موطن آخر من الام يقول فى سياق كلامه عن بيع ارض أو دار، ومايملكه المشترى بالبيع: «... إنما يملك

---

(١) المصدر السابق. كشاف القناع جـ٣، ص ٢٧٣. الروض المربع جـ٢، ص ١٢٣.
(٢) القليوبى على شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.
(٣) تحفة المحتاج جـ٤، ص٤٣٨، أسنى المطالب، جـ ٢، ص٩٥، حاشيتى قليوبى وعميرة جـ٢، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٣، الروض المربع، جـ٢، ص ١٣٢، الهداية وشروحها، جـ٥، ص٤٨٣ ومابعدها. تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص٥٩ وما بعدها، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ وما بعدها، القوانين الفقهية، ص ٢٢٥، شرح الخرشى وعليه حاشية العدوى جـ٥، ص ١٨٠، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧٠، جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩. شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ وما بعدها.
(٤) الأم جـ٣ ص ٤٥ مجلد/٢.

الارض بما خلق فى الارض من ماء وطين وماكان فيها من أصل ثابت من غرس أو بناء، وماكان غير ثابت أو مستودع فيها فهو لبائعه، وعلى بائعه أن ينقله عنه»[١].

قال المزنى: «قال الشافعى رحمه الله: وكل ارض بيعت فللمشترى جميع مافيها من بناء، وأصل، والاصل: ماله ثمرة بعد ثمرة من كل شجر مثمر وزرع مثمر»[٢].

ونقله العمرانى فى البيان[٣] والماوردى فى الحاوى[٤].

ويقول عميرة: «قال فى التحرير: وعبارة السبكى: الأصول: الشجر وكل مايثمر مرة بعد اخرى. وقيل: الشجر والارض والبناء، وهو بعيد»[٥]، وعبارة السبكى فى التكملة: «و أبعد من قال: ان اسم الاصل يشمل البناء والشجر، وأبعد منه قول من قال: ان المراد به الارض والشجر معاً والثمار»[٦].

ويقول الهيتمى: «باب بيع الاصول، وهى الارض والشجر»[٧]. وفى الأسنى: «قال النووى فى تحريره: الأصول، الشجر والارض[٨]. ويقول البهوتى: «الاصول جمع اصل. وهو مايتفرع عنه غيره. والمراد به هنا أرض،

(١) المصدر السابق، ص ٤٧.
(٢) مختصر المزنى ص ٧٩، المجموع للسبكى جـ١١ ص ٢٤٥ ، ٢٤٧ . لاحظ هامش الحاوى الكبير جـ٦، ص ٢١٠.
(٣) البيان للعمرانى جـ٣ص ٦٧ . مخطوط بدار الكتب برقم/ ٢٥ فقه شافعى. رقم الميكروفلم (٤٠٤٣٦) . وانظر فى كون الثمرة فرع والشجرة اصل لها. تتمه الابانة للمتولى جـ٤ ورقة ١٥٦ ، ١٥٧ . مخطوط بدار الكتب تحت رقم ٥٠ فقه شافعى. رقم الميكروفلم (٤١٥١٣) تاريخ النسخ (٦٨٠هـ).
(٤) الحاوى الكبير جـ٦ ، ص ٢١٠.
(٥) عميرة على شرح المحلى جـ٢ ، ص ٢٢٤.
(٦) تكملة المجموع السبكى، جـ١١ ، ص ١٦٨. ط. الامام.
(٧) تحفة المحتاج جـ٤ ، ص ٤٣٨.
(٨) أسنى المطالب، جـ٢ ، ص ٩٥.

ودور، وبساتين، ونحوها كمعاصر وطواحين»[١]. وفى الروض: «الاصول جمع اصل، وهو مايتفرع عنه غيره. والمراد هنا: الدور، والارض، والشجر»[٢].

وفى شرح الزركشى بعد قوله (باب بيع الاصول والثمار) قال: «الاصول جمع اصل كفلس وفلوس، والمراد هنا الاشجار»[٣].

والحنفية والمالكية لم يعقدوا لبيع الاصول والثمار بابا بعنوان مستقل وانما فعله البعض من غيرهم كالشافعية والحنابلة . والحصكفى من الحنفية تناوله تحت عنوان«فصل فيما يدخل فى البيع تبعا وما لايدخل» وذلك فى كتابه الدر المختار وتبعه شارحه ابن عابدين[٤]. وابن رشد المالكى تناوله تحت عنوان: «تابعات المبيعات»[٥]، وفى الشرح الصغير على أقرب المسالك عنون بقوله: «فصل جامع فى المداخلة، وبيع الثمار، والعرايا وغيرها»[٦]، فأطلق على موضع دراستنا «المداخلة» والحنفية والمالكية يصرحون بأن الاصول هى: «الارض ، والبناء، والشجر»، يظهر هذا جليا مما سنذكره فى ثنايا البحث، ومما نذكره هنا عن الدردير المالكى ففى الشرح الصغير: «يتناول البناء والشجر» أى العقد على كل منهما من بيع أو رهن، وكذا الهبة والصدقة والحبس «الارض»[٧]، أى التى هما بها «وتناولتهما» فى العقد عليها ... ولايتناول «الشجر» أى العقد عليه ثمرا مؤبرا ...» . قال الصاوى فى الشجر «حاصله: أن من اشترى اصولا عليها ثمرة قد أبرت ...»[٨]، فهنا نرى أنه صرح بأن الشجر أصل للثمرة،

---

(١) كشاف القناع، جـ٣ ، ص ٢٧٣.

(٢) الروض المربع وعليه حاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٣.

(٣) شرح الزركشى على مختصر الخرقى مجلد/٣، ص ٤٨٩، مكتبة العبيكان بالرياض.

(٤) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار، جـ ٤، ص ٣٤.

(٥) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٤.

(٦) الشرح الصغير ، جـ٢ ، ص ٣٠٠.

(٧) أى قرار الشجرة من الارض وحريمها وسيأتى فى نهاية الفصل الرابع.

(٨) المصدر السابق ومعه بلغة السالك، ص ٣٠١ ، ٣٠٣.

وعليه فان الارض تكون أصلا للشجر والبناء، والبناء أصل لما فى جدرانه وسقوفه.

وفى الجواهر: «أصل الثمر الشجر، واصل الزرع الارض»[١].

ويلاحظ في موضوع الدراسة أن هناك اصولا لايمكن ان تكون فرعا كالارض ومن الاصول ماقد يصبح فرعا. فاذا بيعت الارض وفيها بناء أو شجر، كانت الارض اصلا لهما.

والبناء والشجر فرعا. لكن ان بيعت الشجرة وحدها كانت اصلا، والفرع هى الثمرة ونحوها من الاغصان والاوراق، وفى هذا يقول الماوردى: «والفرق بين ان تباع الارض فيتبعها البناء والشجر، وبين أن يباع البناء والشجر فلا تتبعهما الارض: ان الارض أصل، والبناء والشجر فرع، فاذا بيعت الارض جاز ان يتبعها فرعها، واذا بيع البناء والشجر لم تتبعه الارض التى هى أصل»[٢]، لأن الارض لوتبعت الشجر أو البناء كان فى ذلك قلب للحقيقة حيث تصبح الارض فرعا ولم يقل به أحد[٣].

ولما كان الغرض من هذا البحث هو بيان مدى تبعية الثمر ، والزرع، والشجر، لأصله فى البيع، فان الدراسة ستدور فى فلك الارض، والشجر. حيث ان الشجر هو أصل للثمر، والارض اصل للشجر والزرع.

الأرض:

الارض مؤنثة، وهى اسم جنس، وكان حق الواحدة منها أن يقال: أرْضة، ولكنهم لم يقولوا، والجمع أرَضات، لانهم قد يجمعون المؤنث الذى

---

(١) جواهر الاكليل، جـ٢ ، ص ٦٠.

(٢) الحاوى الكبير جـ٦ ، ص٢١٤. وانظر بدائع الصنائع، جـ٥، ص١٦٧. فتح القدير ، جـ٥، ص٤٨٧. مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦، تتمة الابانة، جـ٤ ورقة ١٥٦ ، ١٥٧.

(٣) المصادر السابقة. البدائع، والفتح، ومجمع الانهر.

ليست فيه هاء التأنيث بالتاء كقولهم: عُرْسات. وتجمع ايضا على أرَضُون بفتح الراء، وربما سكنت. قال أبو زيد: وسمعت العرب تقول فى جمع الأرض (الأراضى) و (الأرْوض) مثل فلوس. وزعم ابو الخطاب انهم يقولون: أرض وآراض، كما قالوا: أهل وآهال، وليل وليال. وقد تزاد الياء فى الجمع فيقال: آراضى، أهالى، ليالى على غير قياس. وربما ذكرت الارض فى الشعر على معنى البساط[1]. وكل ماسفل فهو ارض. ويقال: وَدِيَّة مستأرِضة (بكسر الراء) وهو أن يكون له عرق فى الأرض. والاراض (بالكسر) بساط ضخم من صوف أو وبر[2].

فالارض فى اللغة هو كل ماسفل، كما ان كل ماعلاك فهو سماء. والأرض المقصودة بالدراسة هى الارض التى عليها الناس والتى بها شجر أو زرع وفى معنى الأرض البقعة والساحة والعرصة[3].

الزرع:

الزرع هو مااستنبت بالبَذْر، تسمية بالمصدر. ومنه يقال: حصدت الزرع أى النبات. قال بعضهم: ولايسمى زرعا إلا وهو غض طرى والجمع زروع، والمزرعة مكان الزرع، والمزْدَرَع: المزرعة. والمزارعة من ذلك، وهى المعاملة على الأرض ببعض مايخرج منها. والفعل زرع، تقول: زرع الحرّاث الارض (زرعا) حرثها للزراعة، وزرع الله الحرث أنبته ونمّاه. والزرع ايضا طرح البذر[4].

(١) المصباح المنير جـ١، ص ١٢ ، كتاب (الالف) تفسير القرطبى، جـ١ ص ١٤١ عند قوله تعالى: {وإذا قيل لهم تفسدوا فى الأرض} الآية/١١ من سورة البقرة. وانظر لسان العرب جـ١، ص ٤٧. مختار الصحاح ص ١٥.

(٢) القرطبى، السابق، ص ١٤١ ، ١٤٢.

(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦. شرح جلال المحلى ، جـ٢، ص ٢٢٥. روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٤. تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩.

(٤) المصباح المنير، جـ١ ، ص ٢٥٢ كتاب (الزاى) . مختار الصحاح، ص ١٤٧.

الغراس والشجر:

يذكر الفقهاء في معرض بيان احكام بيع الارض عبارة (وإن كان بها غرس) أو (غراس). والمقصود منه الشجر. ففي المصباح: غرست الشجرة غرسا من باب ضرب فالشجر مغروس، ويطلق عليه ايضا غَرْس، وغِرَاس بالكسر، وهذا زمن الغراس كما يقال: زمن الحصاد بالكسر. وفي الصحاح: غرست الشجر من باب ضرب، والغراس بالكسر فَسِيْل النخل، وهو ايضا وقت الغرس[1].

والماوردي يقسم النبات الى ضربين شجر وزرع ثم يعرف الشجر فيقول: «النبات ضربان شجر وزرع، فأما الشجر، فهو ماكان على ساق»[2]. وفي المحيط: كل ماله ساق ولايقطع اصله كان شجرا[3].

فالشجر ماله ساق صُلْب يقوم به كالنخل وغيره. والواحدة شجرة ويجمع ايضا على شجرات وأشجار. والمشجرة بفتح الميم والجيم موضع الشجر[4]، وفي تفسير القرطبي عند قوله تعالى: ﴿ولاتقربا هذه الشجرة﴾[5]: والشجرة بفتح الشين والشجرة بكسر الشين، والشِّيَرة بكسر الشين والياء المفتوحة. ثلاث لغات. وقرئ «الشجرة» بكسر الشين. والشجرة بفتحها. والشجرة ماكان على ساق من نبات الارض. وأرض شَجِيْرة وشَجْراء أي كثيرة الأشجار، وواد شجير، ولايقال: واد أشجر. وواحد الشَّجْراء شَجَرة، ولم يأت من الجمع على هذا المثال الا احرف يسيرة: شَجَرة وشَجْراء، وقَصَبة وقَصْباء، وطَرَفَة وطَرْفاء، وحَلَفَة وحَلْفاء، وكان الأصمعي

(١) المصباح السابق، جـ٢ ص ٤٤٥ كتاب (الغين). مختار الصحاح، ص ٢٤٦.

(٢) الحاوي الكبير، جـ٦ ، ص ٢٠٠.

(٣) حاشية ابن عابدين، جـ ٤، ص ٣٧.

(٤) المصباح المنير، جـ١، ص ٣٠٥ (كتاب الشين) . لسان العرب، جـ٢، ص ٢٧١، جـ٣، ص ٦٠٤ . مختار الصحاح، ص ١٧٥.

(٥) سورة البقرة جزء من الآية: ٣٥.

يقول فى واحد الحلفاء: حَلَفَة بكسر اللام مخالفة لاخواتها. وقال سيبوية: الشجراء واحد وجمع، وكذلك القصباء والطرفاء والحلفاء، والمشجَرة: موضع الاشجار، وأرض مشجَرة ، وهذه الارض أشجر من هذه أى اكثر شجراء. قاله الجوهرى[١]: والنخل داخل فى الشجر يقول أطفيش «فالمراد بالشجر مايشمل النخلة كما فسرت بها الشجرة الطيبة فى القرآن»[٢] يعنى فى قوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلا كلمة طيبة كشجرة طيبة﴾[٣]، قال مجاهد وعكرمة: الشجر النخلة. فيجوز ان يكون المعنى: أصل الكلمة فى قلب المؤمن -وهو الايمان- شبه بالنخله فى المنبت وشبه ارتفاع عمله فى السماء بارتفاع فروع النخلة، وثواب الله له بالثمر. ويجوز ان يكون المعنى: أصل النخلة ثابت فى الارض، أى عروقها تشرب من الارض وتسقيها السماء من فوقها، فهى زاكية نامية. وخرج الترمذى من حديث أنس بن مالك قال: أتى رسول الله - ﷺ - بقناع فيه رطب فقرأ الآية ثم قال: هى النخلة. وخرج الدار قطنى عن ابن عمر أن الرسول - ﷺ - قرأ الآية ثم قال: «أتدرون ماهى؟ فوقع فى نفسى أنها النخلة. قال السهيلى: ولايصح فيها ماروى عن علىّ بن أبى طالب أنها جوزة الهند لما صح عن النبى - ﷺ - فى حديث ابن عمر انها النخلة . خرجة مالك فى الموطأ من رواية ابن القاسم وغيره، وخرجه أهل الصحيح، وهى أشبه بالانسان فبرأسها تبقى ، وبقلبها تحيا، وثمرها بامتزاج الشجر والانثى . فلما كانت أشبه الاشجار بالانسان شبهت به، وذلك أن كل شجرة اذا قطع رأسها تشعبت الغصون من جوانبها، والنخلة اذا قطع رأسها يبست وذهبت أصلا. ولانها تشبه الانسان وسائر الحيوان فى الالتقاح لانها لاتحمل حتى تلقح. قال النبى - ﷺ -: «خير المال سكة مأبورة ومهرة مأمورة»، والابار هو اللقاح وسيأتى[٤].

(١) تفسير القرطبى، جـ١، ص ٢٠٩.
(٢) شرح النيل، جـ٨، ص ١١٤.
(٣) سورة ابراهيم . جزء من الآية: ٢٤.
(٤) تفسير القرطبى، جـ٩، ص ٢٣٦.

الثمـــر:

الثمر بفتحتين مذكر، ويجمع على ثمار مثل جبل وجبال، ثم يجمع الثمار على ثمر مثل كتاب وكتب، ثم يجمع على أثمار مثل عنق وأعناق، والثمرة بفتحتين مؤنث والجمع ثمرات ففى التنزيل: ﴿فأخرج به من الثمرات رزقا لكم﴾[1]، فالثمرات جمع ثمرة. مثل قَصّبة وقصبات فهو رابع جمع. وواحد الثمر: ثمرة. وتقدم أنه يقال: ثمر مثل شجر، ويقال ثُمُر مثل كُتُب وخُشُب، ويقال ايضا: ثُمْرة مثل بدن، وثمار السياط: عُقد أطرافها.

والثمر هو حَمْل الشجرة. قال فى القاموس: الثمر - محركة - حمل الشجر. وفى المصباح: والثمر هو الحَمْل الذى تخرجه الشجرة سواء أُكِل أو لا[2]. فيقال: ثمر الاراك، وثمر العوسج، وثمر الدَّوْم. كما يقال: ثمر النخل وثمر العنب .

قال الأزهرى: وأثمر الشجر أطلع ثمره أول مايخرجه فهو مثمر، ومن هنا قيل لما لانفع فيه ليس له ثمره[3]، وفى القرطبى عند قوله تعالى: ﴿أنظروا الى ثمره اذا أثمر﴾[4]، أى نظر الاعتبار لانظر الابصار المجرد عن التفكير. والثمر فى اللغة جنى الشجر. وقال مجاهد: الثمر أصناف المال،

---

(١) سورة البقرة جزء من الآية: ٢٢.

(٢) أى سواء أكل الثمر -بمثلثة ماتخرجه الشجرة- أو لم يؤكل كورد، وياسمين، وورق فُرْصَاد، وتوت. الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦ ، وفى حاشية ابن عابدين جـ٤ ، ص ٣٨، والثمر بمثلة الحمل الذى تخرجه الشجرة وإن لم يؤكل فيقال: ثمر الاراك والعوسج والعنب. مصباح. وفى الفتح: ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين وانحوهما من المشمومات. نهر».

(٣) المصباح المنير، جـ١، ص ٨٤ (كتاب الثاء) . وانظر . تفسير القرطبى، جـ١، ص ١٦٠، جـ٧، ص ٣٤ ، والروض المربع بحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٣، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٣ ، ٢٧٤. أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٥. تحفة المحتاج وحاشية الشروان، جـ٤، ص ٤٣٨. مختار الصحاح، ص ٥٣. شرح الزركشى، مجلد٣، ص ٤٨٩.

(٤) سورة الأنعام. جزء من الآية: ٩٩.

والتمر ثمر النخل قال القرطبى: وكأن المعنى على قول مجاهد: أنظروا الى الاموال التى يتحصل منه[١]. وقول مجاهد ان ثمر النخل هو التمر[٢]، قال أطفيش من الاباضية: غلة النخل تسمى تمرا ويقول معلقا على قول الشيخ الثمينى صاحب متن النيل (وبيع الثمار) : الثمار بمثلثة مكسورة بتغليب غلة الشجر على غلة النخل، والا فغلة النخل التمرة بمثناة أى بالتاء، ولايجمع على ثمار بخلاف حمل الشجر فثمر بمثلثة مفتوحة مع الميم ويجمع على ثمار. فالمراد بالثمار هنا ثمر الشجر وتمر النخل تغليبا[٣].

والصحيح ان الثمر بالتحريك ليس جمع الثمرة، وانما هو جنس، وانما جمعها ثمرات، وكذلك القول فى تمرة وتمر، وإنما قلنا: انه اسم جنس لوقوعة على القليل والكثير كالعسل واللبن حكاه فى المطلع عن ابن سيدة[٤].

وفى الفتح: «ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين ونحوهما من المشمومات. نهر»[٥].

البَذْر:

البَذْر بفتح الباء وسكون الدال المعجمة كل حَبٍّ يُبْذر. تقول: بَذَرْت الحب من باب قتل اذا ألقيته فى الارض للزراعة. والبَذْر والمَبْذُور اما تسمية بالمصدر، واما فَعْل بمعنى مفعول مثل ضرب الأمير ونَسْخ اليَمَن، قال بعضهم: البَذْر فى الحبوب كالحنطة والشعير. والبِزْر[٦] فى الرياحين والبقول وهذا هو المشهور فى الاستعمال. وهذا يعنى: أن البَذْر فى الحبوب، أما البِزْر فهو فى الرياحين والبقول، ونقل عن الخليل: كل حَبٍّ يُبْذَر فهو بَذْر وبزْر.

(١) تفسير القرطبى، جـ٧ ، ص ٣٣ ، ٣٤.
(٢) المرجع السابق.
(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٧.
(٤) شرح الزركشى، مجلد٣، ص ٤٨٩.
(٥) نقلة ابن عابدين فى حاشيته، جـ٤، ص ٣٨ ، عن فتح القدير عن النهر.
(٦) بكسر الباء والزاى الساكنة.

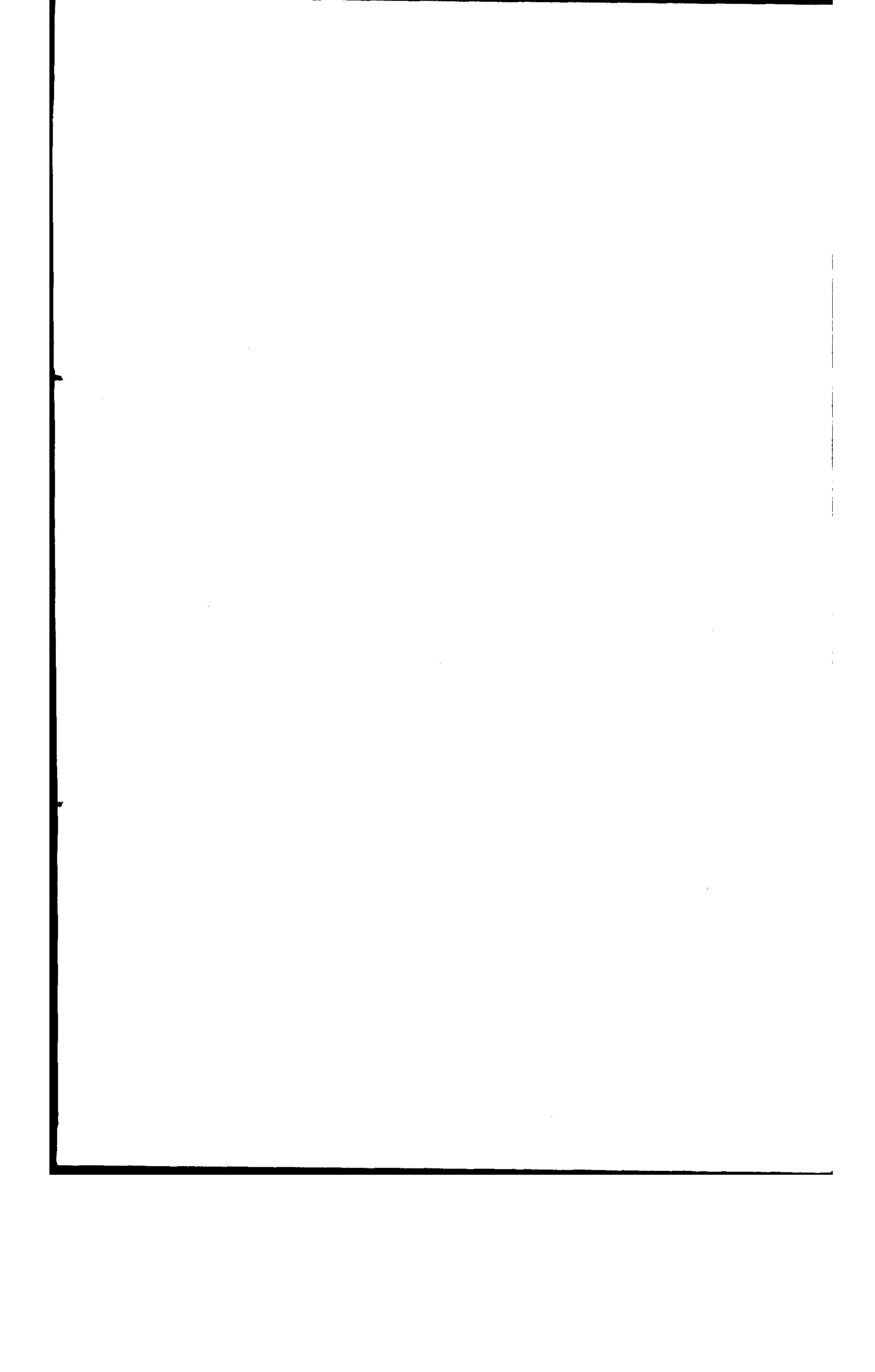
وسمي الحب بَذْرًا، وَبِزْرًا لأنه عند القائه في الأرض يتفرّق. تقول: بذرت الكلام فرّقْتُه، وَبَذّرته بالتشديد مبالغة وتكثير، والتَّبْذير في المال لأنه تفريق في غير القَصْد[1]، وهناك الفاظ أخرى ستأتي في ثنايا البحث[2].

---

(١) المصباح المنير، جـ١، ص ٤٠ (كتاب البا،)، وانظر مختار الصحاح، ص ٣١.

(٢) كالابار، والطلع، والفحال، والنور، والحصاد، والجذاذ، واسماء بعض النباتات والمزروعات.

الباب الأول



الباب الأول

مدى تبعية الثمرة لشجرتها فى البيع

تمهيد وتقسيم:

لاخلاف بين الفقهاء فى جواز بيع الشجرة فى أرضها مثمرة كانت أم لا. يقول الكاسانى: «لوباع الاشجار القائمة على الارض دون الارض يجوز، لانه يمكن التسليم من غير ضرر»(١). ويقول المحلى: «ويصح بيع الشجرة بشرط القطع أو القلع وبشرط الابقاء ويتبع الشرط»(٢). ويقول الشيخ زكريا: «ويجوز بيع الأشجار بشرط القطع ولايدخل فيها حينئذ العروق بل تقطع عن وجه الارض، بخلاف شرط القلع لها أو الاطلاق فانه يدخل فيها العروق. وإن أطلق بان لم يشترط قطعا ولاقلعا ولاإبقاء، وجب ابقاء الشجر الرطب فقط لا اليابس، وان شرط قطعا أو قلعا أو إبقاء اتبع الشرط ... وإن شرط ابقاء اليابسة بطل البيع كما لو اشترى ثمرة. مؤبرة -أى بعد بدوصلاحها- وشرط عدم قطعها عند الجذاذ. قال الأذرعى وغيره: ومحله اذا لم يكن له فى ابقائها غرض مقصود، والا بأن كانت مجاورة لارضه وقصد ان يضع عليها جذعا أو بناء أو نحوه كعريش فيظهر الصحة -اشار الاذرعى إلى تصحيحه وكتب عليه: وهو واضح- كالجداد»(١).

وفى التحفة: «ويصح بيع الشجرة رطبة ويابسة بشرط القلع أو القطع ويتبع الشرط. ويصح بيع الشجرة بشرط الابقاء إن كانت رطبة، ولو كانت يابسة بطل البيع بشرط ابقائها مالم يكن غرض صحيح فى بقائها لنحو

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٨. وانظر حاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٩.

(٢) شرح جلال الدين المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩. وانظر البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٦٨، ٧٥، وكشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦. وشرح النيل، جـ٨، ص ٣٢٠، ٣٥٨، ٣٥٩.

(٣) أسنى المطالب ومعه حاشية الرملى. جـ٢. ص ١٠١.

وضع جذع عليها كما بحثه الأذرعي، والاطلاق يقتضى الابقاء فى الرطبة لانه العرف وان كانت تغلظ عما هو عليه»(١).

وفى متن المقنع: «ومايتكرر ثمرته كالقثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه يصح بيع أصوله» قال المقدسى شارحه «ويصح بيع هذه الأصول التى تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره القاضى وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ولافرق بين كون الاصول صغارا أو كبارا مثمرة أو غير مثمرة لانه أصل فيه الثمر فاشبه الشجر»(٢). وفى قواعد ابن رجب: «لو اشترى شجرا عليه ثمر صح»(٣).

وفى موطن آخر فى حكم مايتكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزرع أو الشجر؟ وبعد جوابه أن فيه وجهين قال: «وينبنى على ذلك مسائل. منها: هل يجوز بيع هذه الاصول مفردة أم لا؟ ان الحقناها بالشجر لتكرر حملها جاز فيه ...»(٤). وهذا يعنى أن الشجر يجوز بيعه مستقلا عن الأرض التى هو فيها.

فاذا بيعت الشجرة وعليها ثمر فهل تكون الثمرة للمشترى؟ بمعنى هل الثمرة تتبع الشجرة، أم أن الثمرة تكون لبائع الشجرة فلا تتبعها فى البيع ونحوه؟ هذا ماسنوضحه من خلال عرض مسائل الباب الذى نحن

---

(١) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٢ ، ٤٥٣.

(٢) الشرح الكبير للمقدسى على متن المقنع، جـ٢، ص ٢٢٢، وانظر المغنى، جـ٤، ص ٢٢٤، ٢٢٥.

(٣) القواعد لابن رجب، ص ٤٢ ، القاعدة الثالثة والثلاثون.

(٤) المصدر السابق، ص ١٦٥، القاعدة الثمانون. أما قول ابن رشد فى بداية المجتهد: «وقد اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشترى فأجازه مالك، ومنعه ابن القاسم». بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٤٨ ، فانه يعنى ان الخلاف عند المالكية ليس فى اصل مشروعية البيع المذكور، وانما الخلاف حول الوصف الذى وقع به البيع.

بصدده فى الفصول الخمسة التالية:

الفصـل الأول: النص الحاكم للموضوع.

الفصل الثانى: موقف الفقهاء من تبعية الثمرة لنخلتها فى البيع.

الفصل الثالث: موقف الفقهاء من تبعية ثمر غير النخلة لشجرته فى البيع.

الفصـل الرابع: موقف الفقهاء من تبعية غير الثمر لشجرته فى البيع.

الفصل الخامس: متفرقات فى هذا الباب.

الفصل الأول

س - هناك أحاديث حاكمة لتبعية الثمرة لشجرتها في البيع
على ضوء هذه الأحاديث اذكر ما يتعلق بها .

الفصل الأول

النص الحاكم للمسألة

وفيه مبحثان

المبحـث الأول: الاحاديث الواردة فى المسألة.

المبحث الثانى: حقيقة الإبار.

المبحث الأول

الاحاديث الواردة فى المسألة

ذكر فى المسألة أحاديث. منها:

١- روى البخارى فى صحيحه بسنده عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله - ﷺ - قال: «من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[١]. ورواه مسلم فى صحيحه لكنه ذكر «فثمرتها» بدل «فثمرها»[٢]، قال الزيلعى: وأخرجه البخارى ومسلم عن نافع عن ابن عمر بقصة النخل فقط[٣] وهذا الحديث متفق عليه[٤]. ورواه الامام الشافعى فى الأم. يقول الراوى: أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعى قال: أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر: «أن رسول الله - ﷺ - قال: من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٥].

(١) صحيح البخارى بفتح البارى، جـ٤، ص ٤٦٩.
(٢) مسلم بشرح النووى، جـ ١٠، ص ١٩٠.
(٣) نصب الراية، جـ٤، ص ٥ . كتاب البيوع.
(٤) انظره فى بلوغ المرام بشرحه سبل السلام، جـ٣، ص ٤٨ ، ٤٩. سنن ابن ماجه، جـ٢، ص ٧٤٥ ، ٧٤٦. كتاب التجارات (٢٢١٠). منتقى الاخبار بشرحه نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٧ ، وأنث الضمير فى «أبرت» لأن النخل اسم جمع يجوز فى الضمير العائد اليه التذكير والتأنيث. العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٣.
(٥) الأم، جـ٣، ص ٤١ مجلد٢. وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٢.

٢- قال أبو عبد الله: وقال لى ابراهيم أخبرنا هشام أخبرنا ابن جريج قال: سمعت ابن أبى مليكة يخبر عن نافع مولى ابن عمر: «أيما نخل بيعت قد أبرت لم يذكر الثمر فالثمر للذى أبرها، وكذلك العبد والحرث، سمى له نافع هذه الثلاث»[١].

هذا الحديث رواه ابن جريج عن نافع موقوفا. قال البيهقى: ونافع يروى حديث النخل عن ابن عمر عن النبى - ﷺ - ، وحديث العبد عن ابن عمر عن عمر موقوفا.

قال الحافظ: ووصل مالك والليث وغيرهما عن نافع عن ابن عمر قصة النخل دون غيرها، واختلف على نافع فى رفع ماعدا النخل[٢].

٣- عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى - ﷺ - قال: «أيما امرئ أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل إلا أن يشترط المبتاع»، رواه البخارى[٣] ومسلم بنفس اللفظ[٤]، وفى لفظ لمسلم: «أيما نخل اشترى أصولها وقد ابرت فان ثمرها للذى أبرها إلا أن يشترط الذى اشتراها»[٥].

٤- أخرج الأئمة الستة فى كتبهم[٦] عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى - ﷺ - أنه قال: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط

(١) صحيح البخارى بفتح البارى، جـ٤، ص ٤٦٩. وانظر منتقى الاخبار بشرحه نيل الاوطار، جـ٦، ص ٢٥٧. سنن ابن ماجة، جـ٢، ص ٧٤٥ ، ٧٤٦، كتاب التجارات.

(٢) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٦٩.

(٣) صحيح البخارى بفتح البارى، جـ٤، ص ٤٧١ (باب بيع النخل بأصله).

(٤) مسلم بشرح النووى، جـ١٠، ص ١٩٠.

(٥) المصدر السابق.

(٦) نصب الراية، جـ ٤، ص ٥، البيوع.

المبتاع»[١]. ولفظ الترمذي: عن سالم عن ابيه قال: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها، إلا أن يشترط المبتاع. ومن ابتاع عبدا وله مال فما له للذى باعه إلا أن يشترط المبتاع»[٢]. وفى الأم: أخبرنا الشافعى رحمه الله قال: أخبرنا سفيان عن الزهرى عن سالم عن ابيه ان رسول الله - ﷺ - قال: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٣].

وفى الزوائد: عن عبد الله بن عمر، وعن جابر بن عبد الله أن رسول الله - ﷺ - قال: «من باع عبدا وله مال، فله ماله، وعليه دينه إلا أن يشترط المبتاع، ومن أبر نخلا وباعه بعد تؤبيره فله ثمرته إلا أن يشترط المبتاع»[٤]. قال فى الزوائد: قلت: فى الصحيح حديث ابن عمر باختصار. رواه احمد وفيه سليمان بن موسى الدمشقى وهو ثقة وفيه كلام[٥].

وقال الترمذي: وفى الباب عن جابر. وحديث ابن عمر حديث حسن صحيح. هكذا روى من غير وجه عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر عن النبى - ﷺ - قال: «من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وقد روى عن نافع عن ابن عمر النبى - ﷺ - قال: «من ابتاع نخلا قد

(١) المصدر السابق، وهنا العبد مقدم على النخل.

(٢) ذكر لفظ «سمعت» وقدم النخل على العبد، صحيح الترمذى، جـ٢، ص ٢٢ (١٢٤٨) باب (٢٥) ولفظ أبى داود عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن النبى - ﷺ- قال: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلاأن يشترطه المبتاع، ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع. سنن أبى دواد، جـ٣، ص ٢٦٦. باب فى العبد يباع وله مال.

(٣) لم يذكر غير النخل ولعل ذلك للاتفاق على رفعها بخلاف العبد. الأم، جـ٣، ص٤١، مجلد٢، وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٢.

(٤) قدم العبد على النخل. مجمع الزوائد، جـ٤، ص ١٩٢ (٦٥١٥) البيوع.

(٥) المصدر السابق.

أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[١].

قال الترمذى: وروى عكرمة بن خالد عن ابن عمر عن البنى - ﷺ - نحو حديث سالم. ثم قال: والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وهو قول الشافعى وأحمد واسحاق.

قال محمد بن اسماعيل: حديث الزهرى عن سالم عن أبيه عن النبى - ﷺ- أصح ماجاء فى هذا الباب[٢].

٥- عن عبادة بن الصامت قال: «قضى رسول الله - ﷺ - بثمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع. وأن مال المملوك لمن باعه إلا أن يشترط المبتاع»[٣].

جاء فى ابن ماجة: فى الزوائد: فى إسناده اسحاق بن يحيى بن الوليد، وايضا لم يدرك عبادة بن الصامت قاله البخاري وغيره[٤].

أقول: والذى رأيته فى الزوائد. عن عبادة قال: قال رسول - ﷺ -: «من باع مملوكا وله مال وعليه دين، فالدين على البائع إلا أن يشترط البائع على المشترى»[٥]، فصاحب الزوائد لم يذكر النخل، ثم قال: رواه البطرانى فى الكبير وإسحاق بن يحيى بن عبادة لم يدرك جده عبادة[٦].

(١) صحيح الترمذى، جـ٢، ص ٢٣، باب (٢٥) وانظر نصب الراية، جـ٤، ص ٥، البيوع.
(٢) صحيح الترمذى، السابق.
(٣) سنن ابن ماجة، جـ٢، ص ٧٤٦، (٢٢١٣) كتاب التجارات. منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٧.
(٤) سنن ابن ماجة، السابق.
(٥) مجمع الزوائد، جـ٤، ص ١٩٣ (٦٥١٦) البيوع.
(٦) المصدر السابق. ورواه أبو داود من حديث جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله - ﷺ -: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وقال ابو داود: عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر، عن رسول الله - ﷺ - بقصة العبد، وعن نافع عن ابن عمر عن النبى - ﷺ - بقصة النخل. سنن أبى داود، جـ٣، ص ٢٦٦، باب فى العبد يباع وله مال.

وقال الشوكانى: حديث عبادة فى إسناده انقطاع لانه من رواية اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن عبادة ولم يدركه[١].

٦- قال عليه السلام «من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع» قال الزيلعى بعد ذكره: قلت: غريب بهذا اللفظ[٢]. أقول: لأنه جاء بلفظ الأرض «من اشترى أرضا ...» ولأنه جعل الثمرة للبائع مطلقا.

أقول: قبل الدخول فى التفاصيل نود التنبيه على أمور تتعلق بالنص الحاكم للموضوع.

أولا: هناك اتفاق على رفع روايات النخل إلى النبى - ﷺ - . كما أن النص ورد فى البخارى ومسلم بل فى كتب الأئمة الستة. وأن ماقيل فى بعض الروايات لايخدش ماصح منها، بل إن ما قيل فى بعض الروايات إنما ورد -فى نظرنا- على مازيد على النخل كالعبيد.

ثانيا: هذا النص تعلق بمنطوقه وبمفهومه من تعلق، وترك مفهومه من ترك، وغفل عن النص كله من غفل.

ثالثا: «المبتاع» فى قوله - ﷺ - «إلا أن يشترط المبتاع». هو المشترى للشجرة بقرينة الاشارة الى البائع بقوله «من باع» وبقوله «أبر نخلا ثم باع أصلها». وفى رواية لمسلم فى الحديث الثالث صرح بالمشترى «إلا أن يشترط الذى اشتراها»[٣].

رابعا: الوارد فى الحديث هو النخل[٤]، وقد تمسك ابن حزم الظاهرى

---

(١) نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٧.

(٢) نصب الراية جـ٤، ص ٥. الحديث الرابع. كتاب البيوع.

(٣) فتح البارى جـ٤، ص ٤٧٠. نيل الاوطار، جـ٦، ص ٢٥٨. شرح النيا.، جـ٨، ص ١٠٥.

(٤) النخل اسم جنس يذكر ويؤنث والجمع نخيل. فتح البارى، جـ٤، ص ٤٦٩، روضة (=)

بهذا الظاهر، وخص الحكم فى الحديث بالنخل المأبور دون غيره فقال: «... وليس هذا الحكم الا فى النخل المأبور وحده كما جاء النص ... وأما سائر الثمار فان باع الاصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها فالثمرة ضرورة ولابد للبائع، لايحل بيعها إلا مع الأصول ولادونها ولا اشتراطها أصلا»[١].

أما الجمهور فقاس غير النخل من الشجر على النخل.

يقول الصنعانى فى الحديث: «وهذا النص فى النخل ويقاس عليه غيره من الأشجار»[٢].

ويقول الزيلعى: «وورق التوت، والآس، والزعفران، والورد، بمنزلة الثمار فى كل ماذكرنا من الأحكام وأشجارها بمنزلة النخل»[٣].

ويقول ابن رشد عند استدلاله بحديث ابن عمر: «والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل»[٤].

وفى الأسنى: «وألحق بالنخل سائر الثمار»[٥]، وفى التحفة: «خص النخل بالذكر لأنه مورد النص»، قال الشروانى: «يعنى حديث الشيخين،

(=) الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥، نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٧، سبل السلام، جـ٣، ص ٤٨، وفى المصباح، جـ٢، ص ٥٩٦. النخل: اسم جمع الواحدة (نخلة) وكل جمع بينه وبين واحده الهاء فأهل الحجاز يؤنثون أكثره، فيقولون هى النخل، وهى البقر، وهى التمر، وأهل نجد وتميم يذكرون فيقولون (نخل) كريم وكريمة وكرائم، وفى التنزيل (نخل منقعر) و (نخل خاوية).

(١) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٦، ٣٣٧، مسألة، ١٤٥٢.

(٢) سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩.

(٣) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.

(٤) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٤، وانظر: جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩. الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١. شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨١.

(٥) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١. وانظر روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥، المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

وألحق بالنخل سائر الثمار»[١].

ويقول ابن قدامة: «النخل الذى بينا حكمه وهو الأصل الذى وردت السنة فيه، وماسواه مقيس عليه وملحق به»[٢].

ويقول أطفيش من الاباضية: «وقاسوا الشجر على النخيل»[٣].

وقد عاب ابن حزم على الجمهور هذا المسلك فقال: «وأما تخصيص النخل بما ذكرنا فلأن النص لم يرد إلا فيها فقط مع وجود الابار، والقياس باطل ... وقاس الشافعيون والمالكيون سائر الثمار على النخل»[٤].

خامسا: الوارد فى الحديث عقد البيع على الشجرة إلا أن الفقهاء قاسوا غير البيع على البيع وتوسع بعضهم فى هذه العقود فجعلها شاملة لعقود المعاوضات، والتبرعات ، والرهن كالمالكية[٥]، والحنابلة[٦]، ومنهم من قصرها على عقود المعاوضات كالشافعية[٧]، فكل حكم مترتب على البيع لدى مذهب منهم يتعدى إلى غير البيع[٨].

سادسا: قوله فى الحديث: «إلا أن يشترط المبتاع». يستفاد منه أن

---

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى عليها، جـ٤، ص ٤٥٥، وأنظر شرح المحلى والقليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠، شرح مسلم للنووى، جـ١٠، ص ١٩١.

(٢) المغنى والشرح ، جـ٤، ص ٢١٠، وأنظر الروض المربع والعنقرى، جـ٢، ص ١٢٨، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠. الانصاف، جـ٥، ص ٦٢.

(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.

(٤) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٧ ، مسألة، ١٤٥٢.

(٥) الشرح الكبير للدردير، جـ٣، ص ١٧٠. شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.

(٦) الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩، الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، ٦١، المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٩.

(٧) الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١ ، تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥ ، شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٣٠. وعليه حاشية القليوبى.

(٨) وسنتناول تفصيل ذلك فى حينه إن شاء الله.

الشرط الذى لاينافى مقتضى العقد لايفسد البيع فلا يدخل فى النهى عن بيع وشرط[١].

سابعا: ورد فى الحديث مايفيد ارتباط الحكم فى المسألة بالتأبير وبه أخذ بعض الفقهاء، وتركه البعض، ولتوضيح ذلك سنتناول التأبير بشئ من التفصيل بعد.

ثامنا: ظاهر أحاديث الباب المذكورة هنا يخالف الأحاديث المذكورة فى النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، لأنه يقضى بجواز بيع الثمرة قبل التأبير وبعده.

قال فى الفتح: والجمع بين حديث التأبير، وحديث النهى عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح سهل، وهو أن الثمرة فى بيع النخل تابعة للنخل، وفى حديث النهى مستقلة ثم قال: وهذا واضح جدا[٢].

(١) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧١ ، سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩ . شرح النيل، جـ٨، ص١٠٦.

(٢) فتح البارى السابق، نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.

س - ما هو الابار ؟ وهل تدخل الأرض شرط لترتب الحكم عليه عند القائلين به ؟ وما حكم الابار ؟
وما هو مناط الحكم عند المعتبرين للتأبير ؟ وهل الابار خاص بالنخيل

المبحث الثانى

حقيقـــة الابـــار

معنى الابار:

الابار إسم على وزن الازار. يقال: تأبر الفسيل إذا قبل الابار[١] وقال أهل اللغة: أبِرَت بضم الهمزة وكسر الموحدة مخففا على المشهور، ومشددا والراء مفتوحة أى أبِّر بالتشديد، والمشهور أبر بالتخفيف من باب نصر فهو مأبور[٢]. يقال: أبرت النخل آبره أبرا بوزن أكلت الشئ آكله أكلا. ويقال: أبرت بالتشديد أؤبره تأبيرا بوزن علمته أعلمه تعليما[٣]، وأبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهى مؤبرة ومأبورة، ومنه قوله - ﷺ -: «خير المال سِكّة مأبورة»، والسِّكّة النخل المصفوف. وأبرت النخل آبرها أبراو إبارا وأبرتها تأبيرا، وتأبرت النخلة وائتبرت. ومنه قول الشاعر:

تأبرى ياخيرة الفسيل[٤]. والابار هو التلقيح. جاء فى المصباح[٥]: أَبَرْت النخل أبْرا لَقّحته. وأبّرته تأبيرا مبالغة وتكثير والأبُور وزان رسول مايؤبر به. والابار وزان كتاب: النخلة التى يؤبر بطلعها. وتأبر النخل قَبِل أن يؤبر.

قال أبو حاتم السجستانى فى كتاب النخلة إذا انشق الكافور قيل شقّق النخل وهو حين يؤبر بالذكر فيؤتى بشماريخه فَتُنْفَضُ فيطير غُبارها وهو طحين شماريخ الفُحّال[٦]. إلى شماريخ الأنثى، وذلك هو التلقيح.

---

(١) النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩.
(٢) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ . البيان للعمرانى مخطوط، ورقة ٦٩.
(٣) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٩٦ ، شرح مسلم للنووى، جـ١٠، ص ١٩٠ ، ١٩١.
(٤) النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٢ ومايليها.
(٥) المصباح المنير، جـ١، ص ١. (كتاب الألف). وانظر مختار الصحاح، ص٩.
(٦) الفحال بضم الفاء وتشديد الحاء: ذكور النخل، والجمع فحاحيل وهو ماكان من ذكوره(=)

ا.هـ. المصباح.

وحول هذا المعنى للابار دارت عبارات العلماء:

يقول ابن رشد: «والابار عند العلماء أن يجعل طلع[1] ذكور النخل

(=) فحلا لاناثه، وقد يقال فيه: فحل وفحول. أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١، النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩. وفى المصباح: الفحل الذكر من الحيوان جمعه فحول وفحولة وفحال. وفى ذكر النخل الذى يلقح حوامل النخل لغتان الاكثر فحال وزان تفاح والجمع فحاحيل، والثانية فحل مثل غيره وجمعه فحول أيضا مثل فلس وفلوس، قال الشاعر:

تأبرى ياخيرة الفسيل .·. تأبرى من حنذ فشولى
إذ ضن أهل النخل بالفحول

والمعنى أن أهل حنذ -بحاء مهملة ونون وذال معجمة وزان سبب موضع يبعد عن المدينة نحو أربع ليال وقيل ماء لسليم ومزينة، وأما جند بالجيم والدال فبلد باليمن- ضنوا بطلعهم على قائل الشعر وهو أحيحة من الجلاح، فهبت ريح الصبا وقت التأبير على الذكور واحتملت طلعها فألقته على الاناث فقام ذلك مقام التأبير فاستغنى عنهم وذلك معروف عندهم أنه إذا كانت الفحاحيل فى ناحية الصبا وهبت الريح منها على الاناث وقت التأبير تأبرت برائحة طلع الفحاحيل وقام مقام التأبير. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٦٣، مختار الصحاح، ص٢٥٦. وقد اعترض على قول الشافعى «فحول» فقال المعترض: لايقال فى اللغة فحل ولافحول، وانما يقال للواحد: فحال، وللجمع فحاحيل. والجواب: أن الامام الشافعى رحمه الله من أهل اللغة وقوله حجة، وقد ورد ذلك فى لغة العرب. قال الشاعر:

تأبرى ياخيرة الفسيل .·. تأبرى من جند فشولى
إذ ضن أهل النخل بالفحول

البيان للعمرانى، مخطوط جـ٣، ورقة ٧١ . ولاحظ الاسنى، جـ١، ص ١٠١، والنظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٩، وصاحب البيان ذكر «جند» بالجيم. بينما فى المصباح بالحاء المهملة.

(١) الطلع بالفتح: مايطلع من النخلة ثم يصير ثمرا إن كانت أنثى، وإن كانت ذكرا لم يصر ثمرا بل يؤكل طريا، ويترك على النخلة أياما معلومة حتى يصير فيه شئ أبيض مثل الدقيق وله رائحة زكية فيلقح به الأنثى. وطلع بكسر الطاء لغة، وهو خلاف مااشتهر من أنه بفتحها، والفتح هو ظاهر القاموس. وأطلعت النخلة أخرجت طلعها فهو مطلع، وربما قيل مطلعة، وأطلعت أيضا طالت، مختار الصحاح، ص ٢٠٩ ، المصباح المنير، جـ٢، ص ٣٧٥ - ٣٧٦ ، حاشية العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٧. كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩، «والطلع خلاف العنقود»، الانصاف، جـ٥، ص ٦٠.

فى طلع إناثها»[١]. ويقول ابن جزى: «الابار فى التمر هو التذكير وكذلك فى كل مايذكر»[٢]. وفى الجواهر: «تأبير النخل تعليق طلع الذكر على ثمر الانثى أى وضعه عليها لئلا يسقط ويسمى لقاحا أيضا»[٣].

وفى الخرشى: «التأبير تعليق طلع الذكر على الانثى لئلا تسقط ثمرتها، والتأبير يقال له: اللقاح. وقال ابن حبيب: التأبير شق الطلع عن الثمر، فالثمرة مستترة فتظهر بالشق ويذر فيه من طلع الذكر»[٤].

وفى شرح أبى الحسن: «والابار فى النخل: التذكير بأن يجعل على الثمرة دقيقا يكون فى فحل النخل»[٥]. قال العدوى: «أى لئلا تسقط ثمرتها»[٦].

ويقول ابن الهمام: «والتأبير التلقيح وهو أن يشق عناقيد الكم[٧] ويُذَرّ فيها من طلع الفحل فانه يصلح ثمر إناث الفحل»[٨].

وفى التحفة: «التأبير لغة: وضع طلع الذكر فى طلع الأنثى لتجئ

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥.

(٢) القوانين الفقهية، ص ٢٢٥.

(٣) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩. وانظر حاشية الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١، ١٧٢.

(٤) شرح الخرشى وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨١، وانظر الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠٣.

(٥) كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٣.

(٦) حاشية العدوى على الشرح السابق.

(٧) الكم بكسر الكاف: وعاء الطلع وغطاء النور -أى الزهر- وغلافه. والجمع أكمام مثل حمل وأحمال، وكمت النخلة كما من باب قتل وكموما: أطلعت. المصباح المنير، جـ٢، ص ٥٤١. مختار الصحاح، ص ٢٩٧. النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٨٠. الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩، العدوى على الخرشى، جـ٥، ص١٨٦ مجلد/ ٣.

(٨) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦. الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦، حاشية ابن عابدين السابق.

ثمرتها أجود. واصطلاحا: تشقق الطلع ولو بنفسه وإن كان طلع ذكر»[١].

وفى شرح مسلم: «والابار هو شق، وهو أن يشق طلع النخلة ليذر فيه شيئ من طلع ذكر النخل»[٢].

وفى البيان: «التأبير. وهو أن يشقق الطلع أو يتشقق ويجعل فيه شيئ من ثمرة الفحول»[٣].

وفى الام: «قال الشافعى: والابار التلقيح وهو أن يأخذ شيئا من طلع الفحل فيدخله بين ظهرانى طلع الاناث من النخل فيكون له باذن الله صلاحا»[٤].

وفى الحاوى: «أما التأبير فهو التلقيح، والتلقيح هو أن يشقق طلع الاناث ويوضع فيه شيئ من طلوع الفحول ليشتد برائحته ويقوى فلا يلحقه الفساد على ماجرت به العادة وصحت فيه التجربة»[٥].

وفى الروضة: «النخل. ذكور وإناث، ومعظم المقصود من الذكور استصلاح الاناث بها، والذى يبدو فيه أولا أكمة صغار ثم تكبر وتطول حتى تصير كأذان الحمر، فاذا كبرت شققت فظهر العناقيد فى أوساطها فيُذَرّ فيها طلع الذكور ليكون رطبها أجود. والتشقيق وذرّ الطلع فيها يسمى التأبير، ويسمى التلقيح، ثم الاكثرون يسمون الكمام الخارج كله طلعا، والبعض

---

(١) تحفة المحتاج. جـ٤، ص ٤٥٦. وانظر شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠، ٢٣١.

(٢) شرح مسلم للنووى، جـ١٠، ص ١٩٠، ١٩١. وانظر فتح البارى، جـ٤، ص ٤٩٦. نيل الاوطار، جـ٦، ص ٢٥٧، ٢٥٨. سبل السلام، جـ٣، ص ٤٨.

(٣) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧١.

(٤) الأم للشافعى، جـ٣، ص ٤١، مجلد/ ٢.

(٥) الحاوى الكبير. جـ٦، ص ١٩٨.

خص اسـم الطلع بما يظهـر من النور[١] على العنقـود عند تشـقق الكمام»[٢].

ويقول أطفيش: «المشهور وقيل هو الصحيح أن التأبير تعليق مافى طلع الذكر على الأنثى أو ذر شئ منه فيها لئلا تسقط ثمرتها وهو اللقاح. وقيل: هو شق الطلع عن الثمرة، فاذا شقه الله بلاشق أحد فقد أبره الله، وذلك نفس تأبير، أو يصحبه تأبير الناس وصححه بعض»[٣].

هل تدخل الآدمي في الابار شرط لترتب الحكم عليه عند القائلين به؟.

يرى ابن حزم الظاهرى أنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير إبار لم يحل اشتراطها من مشترى شجرتها.قال: «لم يحل اشتراطها أصلا لأنه خلاف امر رسول الله - ﷺ -»[٤]. وحكاه ابن أبى موسى رواية عن أحمد: أنه إذا تشقق طلعه ولم يؤبر أنه للبائع لظاهر الحديث[٥]. والمشهور عن الامام أحمد

---

(١) النور: هو الزهر.جاء فى المصباح: «نور الشجرة مثل فلس: زهرها، والنور» زهر النبت أيضا. الواحدة نورة مثل تمر وتمرة. ويجمع النور على أنوار، ونوار مثل تفاح». المصباح المنير، جـ٢، ص ٦٢٩ ، ٦٣٠. مختار الصحاح، ص ٣٤٩. الخرشى والعدوى، جـ٥، ص ١٨١. تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٦، أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١. هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٦. وفى النظم: «نور بفتح النون وسكون الواو. والنور، والنوار: هو الزهر من جميع الأشجار، يقال: نورت الشجرة وأنارت أى أخرجت نورها». وفى العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٦، مجلد/ ٣. «والنور هو الورق المخصوص الذى يكون فى الورد ويخرج منه الماء».

(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥، وانظر . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢، المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ ، ٢٨٠، وانظر للحنابلة: المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٢ وما بعدها. الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩ ، الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، شرح الزركشى مجلد/٣، ص ٤٨٩، ٤٩٢، وللظاهرية: المحلى جـ٧، ص ٣٣٦، مسألة ١٤٥٢. ولاحظ مختار الصحاح، ص٣٤٩.

(٣) محمد بن يوسف أطفيش الاباضى فى شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥.

(٤) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٦، مسألة ١٤٥٢.

(٥) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٢، ومايليها ، الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦. الانصاف، جـ٥، ص ٦٠.

وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب[١] وهو قول جمهور العلماء القائلين به أنه لو تأبرت بنفسها ترتب الحكم فهى كما لو أبرها الآدمى، وأنه يكفى أن تؤبر بعض الأكمة ويتشقق الباقى بنفسه.

جاء فى الأم: «فان قال قائل: فانما جعل النبى - ﷺ - الثمرة للبائع إذا أبرت فكيف قلت: يكون له إذا استأبر وإن لم يؤبر؟ قيل له إن شاء الله تعالى: لامعنى للابار إلا وقته»[٢].

ويقول الماوردى: «فلو تشقق طلع الاناث ولم يلقح بطلع الفحول، صح التأبير وخرجت من العقد. لأن التلقيح ربماترك فصلحت الثمرة، وقد يكون من انواع النخل مايكون ترك تلقيحه أصلح لثمرته فلو لم يتشقق الطلع بنفسه لكن شققه أربابه، فان كان ذلك فى وقت الادراك وزمان الحاجة كان تأبيرا، وان كان قبل الادراك وفى غير زمان الحاجة لم يكن تأبيرا»[٣].

ويقول العمرانى: «وإن باع نخلا وعليها طلع قد تشقق بنفسه ولم يلقح فان ثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع لأنه إذا كانت الثمرة للبائع إذا شققه الآدمى ولقحه فبأن يكون له إذا تشقق بنفسه أولي لأنه من فعل الله تعالى ولأنه خرج عن أن يكون كامنا»[٤].

ويقول النووى: «والابار هو شق سواء حط فيه شئ أولا، ولوتأبرت بنفسها أى تشققت فحكمها فى البيع حكم المؤبرة بفعل الآدمى هذا مذهبنا»[٥].

---

(١) المصادر السابقة، وانظر شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٨٩.
(٢) الأم، ج٣، ص ٤٢، مجلد/٢.
(٣) الحاوى الكبير، ج٦، ص ١٩٨.
(٤) البيان، ج٣، ورقة ٧٠.
(٥) شرح مسلم، ج١٠، ص ١٩٠، ١٩١.

وفى الروضة: «ثم المتعهدون للنخل لايؤبرون جميع الكمام بل يكتفون بتأبير البعض ويتشقق الباقى بنفسه وتنبث ريح الذكور إليه، وقد لايؤبر فى الحائط[١]، شئ وتتشقق الأكمة بنفسها إلا أن رطبه لايجئ جيدا. وكذا الخارج من الذكور يتشقق بنفسه ولايشقق غالبا»[٢]، وقال الشافعى رحمه الله: «وماشقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر»[٣].

ويقول ابن حجر: «التشقيق والتلقيح ومعناه: شق طلع النخلة الأنثى ليذر فيه شئ من طلع النخلة الذكر. والحكم مستمر بمجرد التشقيق ولو لم يوضع فيه شيئا، ولايشترط فى التأبير أن يؤبره أحد بل لو تأبر بنفسه لم يختلف الحكم عند القائلين به»[٤].

وقال القرطبى: «إبار كل شئ بحسب ماجرت العادة أنه إذا فعل فيه نبتت ثمرته وانعقدت فيه ثم قد يعبر به عن ظهور الثمرة وعن انعقادها وإن لم يفعل فيها شئ»[٥].

وفى حاشية العدوى: «تنبيه: المراد بلغ حد الابار وإن لم تؤبر بالفعل»[٦].

ويقول أطفيش: «التأبير هو شق الطلع عن الثمرة فاذا شقه الله

---

(١) حائط: اسم فاعل من الثلاثى، والجمع حيطان. والحائط: البستان، وجمعه حوائط. المصباح المنير، جـ١، ص ١٥٦، ١٥٧، كتاب (الحاء).
(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥، وأنظر اسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١، ١٠٢، شرح المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠، ٢٣١، تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٦، البيان، جـ٣، ورقة ٩٦.
(٣) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.
(٤) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٩٦، وانظر البيان، جـ٣، ورقة ٧٠.
(٥) المرجع السابق.
(٦) حاشية العدوى على شرح أبى الحسن، جـ٢، ص ١٦٣.

بلاشق أحد فقد أبره الله ... والحكم مستمر بمجرد شق الطلع ولو لم يعلق عليه شئ ولم يذر فيه»[١].

ويقول ابنا قدامة: «أصل الابار عند اهل العلم التلقيح. قال ابن عبد البر: الا أنه لايكون حتى يتشقق الطلع وتظهر الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه. وفسر الخرقى المؤبر بما قد تشقق طلعه لتعلق الحكم بذلك دون نفس التأبير. قال القاضي: وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر، وقد يشقه الصعاد[٢] فيظهر، وأيهما كان فهو التأبير المراد هنا. وهذا قول أكثر أهل العلم»[٣]. وقالا: «والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء»[٤].

أقول: وماذهب اليه الجمهور جاء به اللسان العربى الفاهم لحال النخل حيث يقول أحدهم عندما ضن الناس عليه بطلع الذكور، وهبت ريح الصبا وقت التأبير على الذكور، واحتملت طلعها فألقته على إناثه. قال:

تأبرى ياخيرة الفسيل .·. إذ ضن اهل النخل بالفحول

والمعنى: تلقحى من غير تأبير[٥].

حكم الابار:

التأبير بفعل الآدمى جائز. يقول ابن حجر عند شرحه لحديث ابن عمر

(١) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥.

(٢) أى الذين يصعدون النخل ويعتلونه. المصباح المنير، جـ٢، ص ٣٤٠.

(٣) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٢، ومابعدها، وانظر الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ ، ١٢٨، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩، الانصاف، جـ٥، ص ٦٠.

(٤) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٢ ومايليها، الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦.

(٥) التنظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩، وانظر ماجاء فى المصباح المنير، بهذا الشأن بهامش المعنى اللغوى السابق ذكره.

السابق ذكره في النص الحاكم للموضوع: «وفي الحديث جواز التأبير»[١]، وروى مسلم من حديث طلحة قال: «مررت مع رسول الله - ﷺ - بقوم على رؤس النخل فقال: مايصنع هؤلاء؟ قالوا: يلقحونه، يجعلون الذكر في الأنثى فيلقح ... فقال: ان كان ينفعهم ذلك فليصنعوه»[٢].

ويقول النووي في حديث ابن عمر: «وفي هذا الحديث جواز الابار للنخل وغيره من الثمار[٣]، وقد أجمعوا على جوازه»[٤].

هذا. وقد روى أن النبي - ﷺ - لما دخل المدينة رأى الأنصار يؤبرون النخل فسأل عن ذلك فأخبروه به فقال: «لوتركوها لَصَلُحت، فتركوها فتغيرت». فقيل ذلك للنبي - ﷺ - فقال: «ماكان من أمر دنياكم فإليكم، وماكان من أمر الآخرة فاليّ»[٥].

ويقول العمراني: «ويسمى التأبير التلقيح وفيه مصلحة للنخل باذن الله تعالى. وروى أن النبي - ﷺ - قدم المدينة وهم يلقحون النخل فقال: ماهذا؟ فقالوا: لتحمل. فقال - ﷺ -: دعوه فان كانت حاملة فانها ستحمل فتركوه تلك السنة فلم تحمل نخلهم في تلك السنة إلا الشيص، وهو مالاينتفع به. فقال - ﷺ -: ارجعوا الى ماكنتم عليه فانكم أعرف بأمور دنياكم، وأنا أعلم بأمور دينكم»[٦].

أقول: والحديث رواه مسلم في باب وجوب امتثال ماقاله شرعا دون

---

(١) فتح الباري، جـ٤، ص ٤٧١.

(٢) المصدر السابق، وانظر صحيح مسلم بشرح النووي، جـ١٥، ص ١١٦ ومايليها، باب وجوب امتثال ماقاله شرعا دون ماذكره - ﷺ - من معايش الدنيا على سبيل الرأي.

(٣) أي غير النخل مقيس على النخل لورود الحديث في النخل فقط.

(٤) شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١.

(٥) الحاوي الكبير، جـ٦، ص ١٩٨.

(٦) البيان، جـ٣، ورقة ٧، مخطوط.

ماذكره - ﷺ - (من معايش الدنيا على سبيل الرأى).

عن موسى بن طلحة عن أبيه قال: «مررت مع رسول الله - ﷺ - بقوم على رؤس النخل فقال: مايصنع هؤلاء؟ فقالوا: يلقحونه يجعلون الذكر في الانثى فتلقح فقال رسول الله - ﷺ - : ماأظن يغنى ذلك شيئا، قال: فأخبروا بذلك فتركوه، فأخبر رسول الله - ﷺ - بذلك فقال: إن كان ينفعهم ذلك فليصنعوه، فانى إنما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بالظن ولكن إذا حدثتكم عن الله شيئا فخذوا به، فانى لن أكذب على الله عز وجل»[1].

وعن عكرمة عن أبى النجاشى عن رافع بن خديج قال: «قدم نبى الله - ﷺ - المدينة وهم يأبرون النخل يقولون: يلقحون النخل فقال: ماتصنعون؟ قالوا: كنا نصنعه قال: لعلكم لولم تفعلوا كان خيرا فتركوه فَنَفَضَت أو فَنَقَصت. قال: فذكروا ذلك له فقال: إنما أنا بشر إذا أمرتكم بشئ من دينكم فخذوا به، وإذا أمرتكم بشئ من رأيى فانما أنا بشر. قال عكرمة: أو نحو هذا. قال المعقرى: فنفضت ولم يشك»[2].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووى، جـ١٥، ص ١١٦ ، ١١٧. ولفظ ابن ماجة: «مررت مع رسول الله - ﷺ - فى نخل فرأى قوما يلقحون النخل فقال: ما يصنع هؤلاء؟ قالوا: يأخذون من الذكر فيجعلونه فى الأنثى قال: ما أظن ذلك يغنى شيئا، فبلغهم فتركوه، فنزلوا عنها، فبلغ النبى - ﷺ - فقال: إنما هو الظن. إن كان يغنى شيئا فاصنعوه، فانما أنا بشر مثلكم، وإن الظن يخطئ ويصيب، ولكن ماقلت لكم: قال الله -فلن أكذب على الله»، سنن ابن ماجة جـ٢، ص ٨٢٥ كتاب الرهون- باب تلقيح النخل.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى، جـ١٥، ص ١١٧، قال النووى: قال العلماء: قوله - ﷺ -: من رأيى أى فى أمر الدنيا ومعايشها لاعلى التشريع، فأما ماقاله باجتهاده - ﷺ - ورآه شرعا يجب العمل به، وليس ابار النخل من هذا النوع بل من النوع المذكور قبله، مع أن لفظة الرأى إنما أتى بها عكرمة على المعنى لقوله فى آخر الحديث قال عكرمة: أو نحو هذا. فلم يخبر بلفظ النبى - ﷺ - محققا. قال العلماء: ولم يكن هذا القول خبرا وإنما كان ظنا كما بينه فى هذه الروايات. قالوا: ورأيه صلى الله عليه وسلم فى أمور المعايش وظنه كغيره فلايمتنع وقوع مثل هذا ولانقص فى ذلك، وسببه تعلق هممهم بالآخرة ومعارفها. والله أعلم.
وقوله (يلقحونه) هو بمعنى يأبرون فى الرواية الأخرى. ومعناه: ادخال شئ طلع الذكر فى طلع الأنثى فتعلق باذن الله. ويأبرون بكسر الباء وضمها يقال منه: أبر يأبر ويأبر كبذر ويبذر ويبذر. ويقال: أبر يؤبر بالتشديد تأبيرا.
قوله (المعقرى) هو بفتح الميم واسكان العين المهملة وكسر القاف منسوب الى معقر وهى ناحية من اليمن.
(=)

وعن عائشة وعن ثابت عن أنس أن النبي - ﷺ - مر بقوم يلقحون فقال: لو لم تفعلوا لصلح. قال: فخرج شيصا[١] فمر بهم فقال: مالنخلكم ، قالوا: قلت كذا وكذا. قال: أنتم أعلم بأمر دنياكم»[٢]، فهذا كله يدل على جواز الابار.

مناط الحكم عند المعتبرين للتأبير:

المعتبرون للتأبير هم الجمهور. المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والاباضية[٣]. وهؤلاء اختلفوا هل الحكم منوط بفعل التأبير؟ أم بوقته؟ وهو الذى يقبل فيه الابار وذلك عندما يتشقق الطلع. يقول ابن رشد: «وهل الموجب لهذا الحكم[٤]، هو الابار، أو وقت الابار؟ قيل: الوقت، وقيل الابار».

ثم يبين ثمرة الخلاف فيقول: «وعلى هذا ينبنى الاختلاف إذا أبر بعض

(=) وقوله: (فنفضت أو فنقصت) هو بفتح الحروف كلها. والأول بالفاء والضاد المعجمة. والثاني بالقاف والمهملة. وأما قوله في آخر الحديث: قال المعقرى، فنفضت بالفاء والمعجمة. ومعناه: أسقطت ثمرها . قال أهل اللغة: ويقال لذلك: المتاسقط. النفض بفتح النون والفاء بمعنى المنفوض كالخبط بمعنى المخبوط، وأنفض القوم فنى زادهم. شرح مسلم للنووى السابق، ص ١١٦ وما يليها.

(١) الشيص بكسر الشين المعجمة واسكان الياء المثناة وبصاد مهملة. وهو البسر الردئ الذى إذا يبس صار حشفاً. وقيل أردأ البسر، وقيل: تمر ردئ والمعانى متقاربة. شرح مسلم للنووى، السابق، ص ١١٨.

(٢) صحيح مسلم بالشرح السابق، ص ١١٧ ، ١١٨ ، وفى الزوائد عن جابر بن عبد الله: أن النبى - ﷺ - مر بقوم يلقحون النخل فقال: ما أرى هذا يغنى شيئا فتركوها ذلك العام فشيصت، فأخبر النبى - ﷺ - فقال: «انتم اعلم بما يصلحكم فى دنياكم»، رواه البزار والطبرانى فى الأوسط بمعناه. وفيه: مجالد بن سعيد وقد اختلط. مجمع الزوائد، جـ١، ص ٤٣٠. كتاب العلم، باب ٨٥، حديث (٨٣٩).ولفظ ابن ماجة عن عائشة: «أن النبى -ﷺ- سمع أصواتا فقال: ماهذا الصوت؟ قالوا: النخل يؤبرونها، فقال: لو لم يفعلوا لصلح، فلم يؤبروا عامئذ، فصار شيصا، فذكروا للنبي -ﷺ- فقال: إن كان شيئا من أمر دنياكم فشأنكم به، وإن كان من أمور دينكم فإلى» سنن ابن ماجة، جـ٢، ص ٨٢٥، كتاب الرهون - باب تلقيح النخل.

(٣) أما الحنفية فلا يعتبرونه وهناك من وافقهم من العلماء كالاوزاعى وسيأتى عند بيان أقوال الفقهاء فى المسألة.

(٤) أى الوارد في الحديث.

النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر أو لايتبعه». قال: «واتفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر»[١].

أقول: لعل الاتفاق المذكور إنما هو لفقهاء مذهبه، وإلا فقد خالف ابن حزم، واحمد فى رواية فلو تشقق ولم يؤبر كان للمشترى وليس للبائع.

وممن ذهب إلى أن الحكم منوط بالابار ابن حزم الظاهرى حيث يقول: «وليس هذا الحكم إلا فى النخل المأبور وحده كما جاء النص»[٢]. وهو أيضا رواية عن الامام احمد. يقول المرداوى: وعنه رواية ثانية: الحكم منوط بالتأبير -وهو التلقيح- لابالتشقق ذكرها ابن أبى موسى وغيره، فعليها لو تشقق ولم يؤبر: يكون للمشترى ونصر هذه الرواية الشيخ تقى الدين واختارها فى الفائق وقال: قلت: وعلى قياسه كل مفتقر الى صنع كثير لايكون ظهوره الفصل بل إيقاع الفعل به.

والمشهور عن الامام احمد وهو المذهب وعليه الاصحاب وجزم به الخرقى[٣]، وصاحب المحرر والوجيز وغيره وقدمه فى الشرح والفروع والفائق والزركشى وغيرهم، وبالغ فيه ابن قدامة فقال: لاخلاف فيه بين العلماء.

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥، ونقله عنه أطفيش من الاباضية فى كتابه شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٧ دون عزو. ولاحظ النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٨، ٢٧٩.

(٢) المحلى جـ٧، ص ٣٣٦، مسألة ١٤٥٢. ولاحظ ماسبق عنه فى تدخل الآدمى فى الابار.

(٣) فى شرح الزركشى على الخرقى مجلد/٣، ص ٤٩٢. «تنبيه: أصل التأبير التلقيح. وهو وضع الذكر فى الانثى، والخرقى رحمه الله فسره بالتشقق لان الحكم عنده منوط به وإن لم يلقح لصيرورته فى حكم عين أخرى وعلى هذا فانما انيط الحكم -والله اعلم- في الحديث بالتأبير لملازمته للتشقق غالبا. وهذا الذى قاله الخرقى هو أشهر الروايتين، وقد بالغ أبو محمد -ابن قدامة- فقال: انه لاختلاف فيه بين العلماء (والثانية) لابد من التلقيح بعد التشقق وإلا يكون للمشترى عملا بظاهر الحديث وتمسكا بالمقتضى اللغوى. -والله أعلم- وعلق المحقق بالهامش على قوله (وتمسكا بالمقتضى اللغوى) فقال: «اذ الاصل عدم النقل، أى نقل التأبير إلى سببه ولازمه وهو التشقق».

قال: إن مناط الحكم هو التشقق وإن لم يلقح لصيرورته فى حكم عين أخرى. وعلى هذا إنما نيط الحكم بالتأبير فى الحديث لملازمته للتشقق غالبا.

ثم قال المرداوى ملخصا مذهبه: فتلخص أن مالم يكن تشقق طلعه فغير مؤبر. وماتشقق ولقح فمؤبر، وماتشقق ولم يلقح فمحل الروايتين[١]، والشافعية، والمالكية كمشهور الحنابلة أى أن المناط: وقت التأبير.

يقول النووى: «ولوتأبرت بنفسها أى تشققت فحكمها فى البيع حكم المؤبرة بفعل الآدمى هذا مذهبنا»[٢]. وفى التحفة: «وقد لايؤبر شئ أى بفعل فاعل ويتشقق الكل وحكمه كالمؤبر اعتبارا بظهور المقصود»[٣].

وفى الأم: «ولو باع رجل أصل حائط[٤]، وقد تشقق طلع إنائه أو شئ منه فأخر إباره. وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله كان حكمه حكم ماتأبر لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت الثمرة ورئيت بعد تغيبها فى الجف[٥]، وفى موضع آخر: «لامعنى للابار إلا وقته»[٦].

ويقول القرطبى: «إبار كل شئ بحسب ماجرت العادة أنه إذا فعل فيه نبتت ثمرته وانعقدت فيه، ثم قد يعبر به عن ظهور الثمرة، وعن انعقادها وإن لم يفعل فيها شئ»[٧].

---

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، وانظر المغنى، جـ٤، ص ٢٠٢ ومايليها، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦. الروض المربع وحاشيةالعنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ ، ١٢٨ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩.

(٢) شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩٠ ، ١٩١ ، وانظر. الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٨.

(٣) تحفة المحتاج. جـ٤، ص ٤٥٦، وانظر شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠ ، ٢٣١، روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥ ، ٢٠٨، المهذب، جـ١، ص ٢٧٩. أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢.

(٤) سبق معناه.

(٥) الجف بضم الجيم: وعاء الطلع كما فى القاموس.

(٦) الأم، جـ٣، ص ٤٢، مجلد/٢. وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٨.

(٧) نقلا عن فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠.

وفي حاشية العدوى: «تنبيه: المراد بلغ حد الابار وان لم تؤبر بالفعل»[١].

وذكر ابن حجر في الفتح انه قول جميع القائلين بالتأبير، وكأنه لم يعتد بخلاف من خالف حيث قال: «ولايشترط في التأبير أن يؤبره أحد بل لو تأبر بنفسه لم يختلف الحكم عند جميع القائلين به»[٢].

أقل الابار:

قال في الأم: «وأقل الابار أن يكون في شئ منه الابار فيقع عليه اسم أنه قد أبر كما أنه إذا بدا صلاح شئ منه وقع عليه اسم أنه قد بدا صلاحه وإسم أنه قد أبر فيحل بيعه، ولاينتظر آخره بعد أن يرى ذلك في أوله»[٣].

الابار خاص بالنخيل، وفي غير النخيل بمعناه عند الجمهور:

تقدم معنى الابار وهو بهذا المعنى خاص بالنخيل، يقول ابن رشد: «والابار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إناثها»[٤]، وفي الخرشي وغيره: «التأبير خاص بالنخل»[٥].

وقد ذهب الجمهور إلى أن الابار في غير النخيل هو بدو الثمرة أي ظهورها وانعقادها.

يقول ابن جزي: «والابار فيما لايذكر هو انعقاد الثمرة»[٦].

---

(١) العدوى على شرح أبي الحسن، جـ٢، ص ١٦٣.
(٢) المصدر السابق، وانظر نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.
(٣) الأم، جـ٣، ص ٤١، مجلد/٢. وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٦.
(٤) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥. وأنظر جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩. القوانين، ص٢٢٥.
(٥) الخرشي والعدوى، جـ٥، ص ١٨١. الدسوقي والشرح، جـ٣، ص ١٧١ ، ١٧٢. الشرح الصغير وحاشية الصاوى، جـ٤، ص ٣٠٣.
(٦) القوانين، ص ٢٢٥.

ويقول ابن رشد: «وفي سائر الشجر أن تنور[١]، وتعقد. والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الابار»[٢].

وفي الدسوقي والشرح[٣]: «وأما التأبير في غيره من الثمار فهو بروز جميع الثمرة عن موضعها وتميزها عن أصلها».

وقال الباجي: «والتأبير في التين ومالازهر له أن تبرز، جميع الثمرة عن موضعها أو تتميز على أصلها».

وقال ابن شاش: «في معنى المأبور كل ثمرة انعقدت وظهرت للناظرين»[٤].

وفي حاشية العدوى: «قال الباجي: وأما غير النخيل كالخوخ والتين فالتأبير فيه أن تبرز الثمرة فيه عن موضعها وتتميز بحيث تظهر للناظر»[٥].

ويقول الدردير: «والتأبير خاص بالنخل، أو ثمرا منعقدا من غير النخل: أي بروزه وتميزه عن أصله. وحقيقة التأبير تعليق طلع ذكر النحل على ثمر الأنثى، ويطلق على انعقاد غيره، وعلى ظهور الزرع من الأرض»[٦].

وقال الصاوى: «قوله: التأبير خاص بالنخل. لاينافي اطلاق التأبير في غير النخل على بروز جميع الثمرة عن موضعها وتميزها عن أصلها، وفي

---

(١) تقدم معنى النَّوْر، وهو الزهر.
(٢) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥.
(٣) جـ٣، ص ١٧١ ، ١٧٢.
(٤) الخرشي والعدوى، جـ٥، ص ١٨١.
(٥) العدوى على شرح أبي الحسن، جـ ٢، ص ١٦٣ ، ١٦٤.
(٦) الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠٣.

الزرع على بروزه على وجه الأرض»[١].

ويقول أطفيش: «وماله زهر ينعقد فانعقاده كابار النخل، والمواضع تختلف فبعض الشجر يحتاج للتأبير بغير ذلك[٢]، فى بعض المواضع دون بعض»[٣].

ويقول القرطبى: «إبار كل شئ بحسب ماجرت العادة أنه اذا فعل فيه نبتت ثمرته وانعقدت فيه ثم قد يعبر به عن ظهور الثمرة وعن انعقادها»[٤].

وفى الأسنى: «فتأبير النخل يعنى تشقق طلعه أو تشقق بنفسه ولو كان النخل فحالا، أو برزت ثمرة العنب والتين ونحو كل منهما او تفتح كمام الورد أو تناثر أى انعقد نور نحو الرمان والمشمش أو ظهر ياسمين -بكسر السين- ...»[٥]. وعبارة التنبيه: «ثمرة تتشقق كالنخل، أو نورا يتفتح كالورد والياسمين فان كان قد ظهر ذلك ... قال ابن النقيب: أى ظهر الطلع من كوزه، والورد من كمامه، والياسمين من الشجر ... قال الشروانى: فعلم أن الظهور. تارة بتشقق، وتارة بتفتح، وتارة بالخروج من الشجرة، وتارة بتناثر النور»[٦].

ويقول المرداوى: «وفى معنى التأبير: البدو والظهور للثمر فى العنب

---

(١) الصاوى على الشرح السابق.
(٢) أى بغير طريقة تأبير النخل.
(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥.
(٤) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٩٦.
(٥) أسنى المطالب. جـ٢، ص ١٠١، وانظر شرح المحلى والقليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ ، ٢٣٦، تحفة المحتاج والشروانى، جـ٤، ص ٤٥٦ ، ٤٥٧. المهذب، جـ١، ص ٢٨٠، روضة الطالبين، جـ٥، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧، البيان. جـ٣، ورقة ٦٩.
(٦) الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٨.

والتين والرمان والجوز ونحو ذلك، والخروج من الأكمام كالورد والقطن. وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره»[١].

وإذا كان ذلك كذلك فان حكم غير النخل كحكم النخل عند الجمهور وخالف ابن حزم فقال إن سائر الثمار غير النخل تكون للبائع ولابد إن بيعت الاصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها. لايحل بيعها الا مع الاصول ولادونها ولااشتراطها أصلا[٢].

وإبار الزرع مختلف فيه، والمشهور خروجه من الأرض أى ظهوره على وجهها.

وروى ابن القاسم عن مالك أن إباره أن يفرك قياسا على سائر الثمر[٣].

وفى شرح أبى الحسن: «وإبار الزرع على المشهور خروجه من الأرض» قال العدوى: «وقيل: إن ابار الزرع خروجه من يد باذره وهو خلاف المشهور»[٤].

---

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٦٢ ، ٦٣، وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ ، ١٢٨، المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١٠ ، ٢١١.

(٢) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٦ ، ٣٣٧، مسألة ١٤٥٢.

(٣) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥. القوانين، ص ٢٢٥. الدسوقى والشرح، جـ٣، ص ١٧١ ، ١٧٢ ، الخرشى والعدوى، جـ٥، ص ١٨١. الشرح الصغير وعليه حاشية الصاوى، جـ٤، ص ٣٠٣.

(٤) كفاية الطالب وعليه حاشية العدوى. جـ٢، ص ١٦٤.

الفصل الثانى

الفصل الثانى

س – الفقهاء مختلفون في تبعية الثمرة للشجر نقلاً في البيع
حرر محل النزاع ثم اذكر أدلة من قال بأن الثمرة للبائع ولا
تتبع الشجرة إلا بالشرط ثم ناقش هذه الأدلة ؟

س – الفقهاء مختلفون في تبعية الثمرة للشجر نقلاً في البيع
حرر محل النزاع ثم اذكر أدلة من قال : إذا كانت مؤبرة
لا تتبع فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة تتبع فهي للمشتري ،
ثم ناقش هذه الأدلة ؟

س – إذا بيعت الشجرة مثمرة فلمن تكون ثمرتها ؟
ناقش هذه العبارة على ضوء أقوال الفقهاء ؟
مع ذكر دليل ما تختاره .

الفصل الثانى

موقف الفقهاء من تبعية الثمـرة لنخلتهـا فى البيـــع

وفه ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء وأدلتهم فى محل الخلاف.

المبحث الثانى: حكم ثمر النخل إذا أبر البعض دون البعض.

المبحث الثالث: حكم الطلع الحادث بعد البيع، وحكم طلع الفُحَّال.

المبحث الأول

تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء وأدلتهم فى محل الخلاف

إن محل النزاع فى هذه المسألة إنما هو عند الاطلاق أى عند اطلاق بيع النخلة مثمرة من غير تعرض للثمرة فى العقد، أى عند عدم الاشتراط أما عند الاشتراط فهى لمن اشترطها، نبه على ذلك بعض الفقهاء كالنووى، والشوكانى والحافظ فى الفتح، يقول النووى: «وقد اختلف العلماء فى حكم بيع النخلة المبيعة بعد التأبير وقبله، هل تدخل فيها الثمرة عند اطلاق بيع النخلة من غير تعرض للثمرة بنفى ولاإثبات ...»[(١)].

ويقول الحافظ بعد ذكره للخلاف: «وهذا كله عند الاطلاق أى عند اطلاق بيع النخل من غير تعرض للثمرة ...»[(٢)].

ويقول الشوكانى بعد ذكره للخلاف: «وهذا إذا لم يقع شرط من

(١) شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١.
(٢) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠.

المشترى بأنه اشترى الثمرة، ولامن البائع أنه استثنى الثمرة لنفسه، فان وقع ذلك كانت الثمرة للشارط من غير فرق بين أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة»(١).

ويقول الماوردى: «فأما الثمرة فلا يخلو حالها فى العقد من ثلاثة أحوال. أحدها: أن يشترطا دخولها فى البيع فدخل فيه اتفاقا مؤبرة كانت أوغير مؤبرة. والحالة الثانية: أن يشترط خروجها من البيع فتكون خارجة منه اتفاقا مؤبرة أو غير مؤبرة ...»(٢).

أقول: وماذكروه صحيح، فاذا اتضح ذلك فان للفقهاء فى محل النزاع ثلاثة أقوال.

القول الأول: إذا بيعت النخلة مثمرة فان الثمرة تكون للبائع ولاتتبع النخلة الا بالشرط، أى لاتكون لمشترى النخلة إلا ان شرطها كأن يقول المشترى: اشتريت النخلة بثمرتها. يقول ابن الهمام: «الا أن يشترطه المبتاع لنفسه، أى يشترى النخلة مع الثمرة التى فوقها» وفى مجمع الأنهر: «ولايدخل الثمر فى بيع الشجر إلا باشتراطه، أى يقول المشترى: اشتريت مع ثمره فتدخل وإلا فلا مطلقا»(٣).

وفى الدر المختار: «ولايدخل الثمر فى بيع الشجر بدون الشرط»(٤).

---

(١) نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى، جـ٦، ص ١٩٢.

(٣) شرح فتح القدير علي الهداية، جـ٥، ص ٤٨٦. مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.

(٤) مبحث فى مقصود الشرط، والتسمية، والذكر. أقول: هذه الالفاظ الثلاثة بمعنى واحد عند الحنفية. وهى تعنى التصريح بما يفيد الدخول فى العقد. قال فى الدر المختار: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلاتسمية... ولاالثمر فى بيع الشجر بدون الشرط. عبّر هنا بالشرط، وثمة بالتسمية ليفيد أنه لافرق. وأن هذا الشرط غير مفسد، وخصّه بالثمر اتباعا لقوله - ﷺ - : «الثمرة للبائع إلا أن يشترطه». قال ابن عابدين (قوله ليفيد انه لافرق) أى بين أن يسمى الزرع والثمر بأن يقول: بعتك الارض وزرعها أو بزرعها(=)

قال ابن عابدين: «وفى النهر عن جامع الفصولين: باع شجرا عليه ثمر أو كرما عليه عنب لايدخل الثمر». ولافرق عند أصحاب هذا القول بين المؤبرة وغير المؤبرة فى كونها للبائع وإن طابت. ولاتكون للمشترى الا بشرط أو تسمية أو ذكر. وبه قال الحنفية(١)، والأوزاعى(٢)، والعلقمى(٣)، وهو قول لعبد الله بن عبد العزيز من الاباضية، وحكاية عن الربيع منهم(٤).

والصحيح عند الحنفية أن الثمرة للبائع من غير فرق بين ثمر له قيمة وثمر لاقيمة له فالثمرة فى الحالين للبائع لأن بيع الثمر مفردا يجوز فى الحالين فى الاصح فكذا لايدخل الثمر فى بيع الشجر تبعا(٥) ،جاء فى

(=) أو الشجر وثمره أو معه أو به ، وبين أن يخرجه مخرج الشرط فيقول: بعتك الارض على أن يكون زرعها لك، أو بعتك الشجر على أن يكون الثمر لك، كذا فى المنح أ.هـ. ومثله فى البحر، و(قوله: وخصه بالشمر) أى خص ذكر الشرط بمسألة الثمر دون مسألة الزرع مع امكان العكس اتباعا للحديث المذكور» أنظر حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٨ ، ٣٩ . وكالتسمية والشرط فى مقصودهما مايذكر فى بعض المواطن بلفظ «الذكر».

(١) شرح فتح القدير، الهداية، وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦، مجمع الانهر، جـ٢، ص ١٦، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤. الاختيار، جـ٢، ص ٥، تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١. حاشية ابن عابدين ومعها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٨ ومابعدها، ونقله الشاشى من الشافعية فى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧: «وقال ابو حنيفة: يكون للبائع بكل حال»، وأطفيش من الاباضية فى شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥. وابن رشد المالكى فى بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥، والنووى الشافعى فى شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١، وابن حجر الشافعى فى فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠، والشوكانى فى نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨. وابن قدامة الحنبلى ومعه المقدسى فى المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦، والصنعانى الزيدى فى سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩، والعمرانى الشافعى فى مخطوط البيان، جـ٣، ورقة، ٦٩.

(٢) أنظر مما سبق المغنى والشرح الكبير، وفتح البارى، ونيل الأوطار، وانظر هامش شرح الزركشى على مختصر الخرقى، مجلد/٣، ص ٤٩١.

(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥.

(٤) المصدر السابق، ص ١٠٥، ١٠٦.

(٥) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١، وقال فى شرح الطحاوى: قال بعض مشايخنا: انما يجوز بيعه منفردا بعد الطلوع إذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، وإذا كان (=)

الهداية: «ولافرق بين ماإذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لأن بيعه يجوز فى أصح الروايتين على ماتبين فلا يدخل فى بيع الشجر من غير ذكر»(١).

وقال ابن الهمام: «ولافرق فى الثمر بين ماله قيمة أو لافى الصحيح. وقال البعض: إن لم يكن له قيمة يدخل، والصحيح لايدخل فى الحالتين إن كان له قيمة أو لم تكن لأن بيعه يصح فى أصح الروايتين مع كونه ليس للقرار، ومايصح بيعه وليس للقرار لايدخل فى البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار(٢).

ويقول البابرتى: «وقيل: إن لم يكن له قيمة يدخل فى البيع ويكون للمشتري. وجه الصحيح أن بيعه منفردا يصح فى أصح الروايتين، وما صح بيعه منفردا لايدخل فى بيع غيره إذا لم يكن موضوعا للقرار»(٣).

ويقول ابن عابدين: «وشمل ما إذا بيع الشجر مع الأرض أو وحده كان له قيمة أولا» ذكره تعليقا على قول صحاب الدر: «ولايدخل الثمر فى بيع الشجر بدون شرط»(٤).

(=) لاينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز. قال الشلبي: هذا غير سديد لأن محمدا ذكر فى كتاب الزكاة فى باب العشر: لوباع الثمار فى أول ماتطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن الشراء جائزا حين يطلع لما وجب عشره على المشترى، حاشية الشلبي، جـ٤، ص ١١.

(١) الهداية، جـ٥، ص ٤٨٧. وانظر الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦.

(٢) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٣) شرح العناية على الهداية، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٤) حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٨ ، ويذكر الحنفية ان الالفاظ فى بيع الشجرة المثمرة أربعة. الأول: أن يقول: بعت الشجر، ولم يزد على ذلك وحكمه كما هنا. والثاني: بعت بجميع حقوقها ومرافقها. والثالث: بعت بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها. وفى هذا لايدخل الثمر لأن الحق فى العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب. والمرافق مايرتفق به وهو مختص (=)

القول الثانى: الثمرة للمشترى مطلقا قبل التأبير وبعده، شرطت أم لم تشترط ، وهو قول ابن أبى ليلى: «وقال ابن أبى ليلى: الثمرة للمشترى بكل حال»(١).

ويقول ابن رشد: «وقال ابن أبى ليلى: سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها»(٢). وما قاله ابن أبى ليلى قال به ابن عباد المصرى من الاباضية، وقول للربيع منهم، وأهل الجزيرة(٣)، يثبتونها للمشترى مالم تطب قال أبو عبد الله محمد بن عمر بن أبى ستة(٥): «سمعت من بعض مشايخنا المعمول به فيما أدركناه هو القول بأن الثمرة للمشترى مالم تطب»(٥).

القول الثالث: إذا بيعت النخلة مثمرة فالثمرة تتبعها فى البيع إذا لم

(=) بالتوابع كمسيل الماء، والشمر ليس كذلك فلا يدخل لأنه ليس من الحقوق والمرافق. الرابع: بعت بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها وهنا يدخل الشمر لعموم اللفظ، هذا إذا كان الشمر على الشجر أى متصلا به أما إذا كان الشمر مجذوذا فهو بمنزلة المتاع لايدخل الا بالتصريح به. فتح القدير والهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٨. مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦. تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١. وعكس الثمار فى الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمر لايدخل فيه الطريق والشرب، وكل موضع لاتدخل فيه الثمار يدخل فيه الشرب والطريق ليسامنها ولافيها لكنهما من حقوقها والشمر موجود فيها وهو منها وليس من حقوقها فتعاكسا. تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١ ، ١٢. بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ ، ١٦٥، ولنا عود إلى مذهب الحنفية.

(١) حلية العلماء، للشاشى، جـ٢، ص ٥٤٧. البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٩٦، مخطوط .

(٢) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥، وانظر المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦، فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠، نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨، شرح مسلم للنووى، جـ١٠، ص ١٩١، شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥، وهامش شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩١.

(٣) أى جزيرة «جربة» بدولة «تونس» ويسكنها بعض الاباضية المغاربة. التقيت ببعضهم لمدة خمس سنوات بمعهد القضاء الشرعى بسلطنة عمان فى الفترة من ١٩٨٩ - ١٩٩٠ : ١٩٩٤م.

(٤) له حاشية على الايضاح للشماخى الاباضى.

(٥) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ ، ١٠٦.

تكن قد أبرت، أما بعد التأبير فهي للبائع ولاتدخل في البيع وبه قال الجمهور[١]، المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]، وهو

(١) في البيان للعمراني الشافعي، جـ٣، ورقة ٦٩. «إذا باع نخلا وعليها ثمرها نظرت . فان شرط أن الثمر غير مبيعة فهي للبائع، وإن شرط أنها للمشتري دخلت في البيع وإن أطلقا البيع فان كانت الثمرة قد أبرت فالثمرة للبائع وإن لم تؤبر فهي للمشتري هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد». وفي حلية العلماء للشاشي الشافعي، جـ٢، ص ٥٤٧، «فان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في البيع وإن كان مؤبرا لم يدخل فيه. وبه قال مالك وأحمد».
ويقول الترمذي في حديث ابن عمر السابق ذكره في الفصل الأول: «... والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق»، صحيح الترمذي، جـ٢، ص٢٧، باب (٢٥).

(٢) القوانين الفقهية، ص ٢٢٥: «فمن باع الأشجار والبساتين وفيها ثمر فان كان مأبورا فهو للبائع سواء شرطه أو سكت عنه، ويكون للمشتري إن شرطه، وإن كان لم يؤبر فهو للمشتري اشترطه أو لم يشترطه ولايجوز أن يكون للبائع». وأنظر الشرح الصغير والصاوي عليه، جـ٤، ص ٣٠٣. بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٤ ، ٢٨٥، جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩. الدسوقي والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١ ، ١٧٢، شرح الخرشي وحاشية العدوي. جـ٥، ص ١٨١.
وفي شرح أبي الحسن: «ومن باع نخلا قد أبرت كلها أو أكثر وفيها ثمر لم يبعه فثمرها للبائع. أي باق على ملكه لايدخل في العقد على النخل إلا أن يشترطه المبتاع لنفسه فيدخل في العقد فيكون له. مفهوم الكلام أن النخل لو كانت غيرمؤبرة كانت الثمرة للمشتري وهو كذلك لايحتاج إلى شرط» كفاية الطالب الرباني، جـ٢، ص ١٦٣، وانظر عليه حاشية الشيخ على الصعيدي العدوي.
وفسر العدوي قوله (لم يبعه) أي لم يشترطه المشتري. العدوي السابق.

(٣) تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٥٥. الحاوي الكبير للماوردي، جـ٦، ص ١٩٢، شرح المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠، شرح مسلم للنووي، جـ١٠، ص ١٩١، روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥. المهذب، جـ١، ص ٢٧٨. أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠١. البيان للعمراني، جـ٣، ورقة ٦٩. وحلية العلماء، جـ٢، ص٥٤٧.

(٤) المغني والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦. الروض المربع وحاشية العنقري، جـ٢، ص ١٢٧، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩ ، ٢٨٠. الانصاف. جـ٥، ص ٦٠، شرح الزركشي، مجلد/٣، ص ٤٨٩. «من باع نخلا مؤبرا فان ثمرته تكون للبائع إلاأن يشترطها المبتاع».

(٥) المحلي ، جـ٧ ، ص ٣٣٦ ، مسألة ، ١٤٥٢ . وسنعود لمذهب الظاهرية لبيان تفصيل فيه.

قول الليث بن سعد والأكثرون[1]، وهو المعتمد عند الاباضية: «وقال فى اختلاف الفتيا: من باع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المشترى وبه نأخذ، وهو قول ابن عبد العزيز والربيع».

قال أطفيش: «وهذا النقل عن ابن عبد العزيز والربيع وهو الذى يشهد به الحديث، وقاسوا الشجر على النخل»[2]. هذا هو الأصل عند أصحاب هذا القول عند الاطلاق فى البيع فان اشترط البائع غير المؤبرة، أو اشترط المشترى المؤبرة فهل ينالها بالشرط؟

أقول: اتفق أصحاب هذا القول على أن المشترى للشجرة إن اشترط ثمرتها المؤبرة لنفسه نالها بشرطه. ثم اختلفوا فى شرط البائع لنفسه الثمرة غير المؤبرة فجمهورهم على أنه كالمشترى سواء بسواء[3]، ومشهور المالكية

---

(١) شرح مسلم للنووى، جـ١٠، ص ١٩١، المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦.

(٢) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ ، ١٠٦. فيكون للاباضية فى المسألة ثلاثة أقوال. وفى موضع آخر من شرح النيل، جـ٨، ص ٣١٩،. يصح بيع نخل عليه تمر مؤبر وهو للبائع كما مرَّ إن لم يشترطه المبتاع على المختار وهو مذهب عبد الله بن عبد العزيز. وقيل : له ولو أدرك -أى طاب- والتمر تابع للنخل أى للمشترى وإن أدرك وذلك لأن التمر تابع للنخل وهو قول الربيع إلا ان اشترطه البائع. وعلى قول الربيع لايحتاج المشترى إلى اشتراطها فهى له بلاشرط ولايحتاج البائع فى تصحيح البيع إلى استثنائها. وعلى قول ابن عبد العزيز أنها للبائع بلاشرط فلا حاجة إلى استثنائها. وقيل: لابد من استثنائها لئلا يتوهم المشترى أنها له ولاسيما أن بعضا قال: هى له كما مرّ، ولاسيما إذا باع النخل فى الأرض وقال: بعت الأرض ومافيها أو، وكل مافيها. قال أطفيش: فان قلت: يلزم على قول الربيع بيع شيئين مختلفين بثمن واحد. قلت: قد أجاز غير واحد ذلك لكن الربيع لايلزمه ذلك لأنه يثبت الثمر للمشترى على سبيل التبع للنخل ورب شيئ يصح تبعا ولايصح استقلالا، ولامانع من كون الربيع ممن يجيز بيع مختلفين بثمن واحد. ونص بعضهم أنه غير مجيز له، وكلام الربيع معارض للحديث ومستلزم لالغاء الحديث بالقياس على الأصل وهو النخلة فان التمر جزء من البيع. والجواب: أن كلام الربيع وابن عبد العزيز فى غير المؤبر لافى المؤبر كما قيل، وليس فى كلام الربيع نص أن التمر ولو أدرك حاضر وإسقاطه أولى. أ.هـ. أطفيش فى شرحه، جـ٨، ص ٣١٩.

(٣) أنظر المصادر السابقة للمذاهب المذكورة فى هذا القول. وانظر فى نقل المذاهب. فتح (=)

أنه لايجوز شرطها للبائع[1] ووافقه بعض الشافعية كالشيخ زكريا

(=) الباري، جـ٤، ص ٤٧٠. نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨، سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩. شرح النيل، جـ٦، ص ١٠٥ ، ١٠٦، شرح مسلم للنووي، جـ١٠، ص ١٩١. المغني والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦. بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤، الهداية وشروحها، جـ٥، ص ٤٨٦. مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦. وفي البيان للعمراني الشافعي، جـ٣، ورقة ٩٦. «إذا باع نخلا وعليها ثمرها نظرت فان شرط أن الثمرة غير مبيعة فهي للبائع، وإن شرط انها للمشترى دخلت في البيع، وإن أطلقا البيع فان كانت الثمرة قد أبرت فالثمرة للبائع وإن لم تؤبر فهي للمشترى. هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد».

ويقول الهيتمي: «وثمرة النخل المبيع بعد وجوده إن شرطت للبائع أو للمشترى عمل به تأبر أم لا. وكذا في غير النخل لو شرط الظاهر للمشترى وشرط غير الظاهر وقد انعقد للبائع، وفاء بالشرط». تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥. وانظر شرح المحلي وحاشية القليوبي، جـ٢، ص ٢٣٠. أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١. وفي المغني، جـ٢، ص ٢٠٧، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦. «متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع والمشترى سواء».

ويحكي أطفيش مذهبه في استثناء البائع فيقول: «والمعلوم جائز الاستثناء كبيع شجرة معينة إلا ثمرتها بأن تكون لما تؤبر، ولو أبرت لم يحتج الى استثنائها لأنها حينئذ للبائع بلااستثناء، إلا على قول من قال: هي للمشترى ولو أبرت مالم تدرك. وعلى قول من قال: هي له ولو طابت فان البائع يحتاج الى استثنائها إن ارادها. وعبارة بعض: يجوز استثناء الزرع ولو لم يدرك إلا الثمار إلا ان ادركت. واذا استثنت بلاشرط ابقائها وتركت بلاقطع صح البيع ولو بلا إذن المشترى إلا ان كان العرف ان استثنائها على الابقاء. وإن شرط الابقاء فعلى مامر في البيع والشرط. وإن لم يكن العرف كذلك ولم يقع شرط وتركت بلا إذن لم ينفسخ البيع بمضى ثلاثة أيام أو أكثر أيضا ولكن يتحالل مع المشترى. وجاز استثناء تسمية أي نصف أو ربع أو ثلث ونحوهم. فان كان المستثنى غير معين فلا يجوز بيعه. كبيع الشجرة الاغصنا غيرمعين منها. كما منع بيعه أي بيع غصن غير معين من الشجرة اتفاقا. وإن عين الغصن منها وحده جاز بيعه، وجاز استثناوه فيقطعه». أنظر. شرح النيل، جـ٨، ص ١٥٣. نتائج الأقوال، ، جـ٢، ص ٥٣. الجامع لابن بركة، جـ٢، ص٣٧٨.

(١) في الشرح الصغير جـ٤، ص ٣٠٥. «وهل يجوز للبائع اشتراطه؟ قولان» قال الصاوي على الشرح السابق: «الجواز مبني على أن المستثنى مبقى وهو قول اللخمي، والمشهور امتناع اشتراط البائع غير المؤبر لنفسه، وما قاله اللخمي ضعيف» وفي حاشية الدسوقي، جـ٣، ص ١٧٣. «وقول اللخمي جواز اشتراط البائع غير المؤبر وأن المستثنى مبقى، والمشهور امتناع اشتراط البائع غير المؤبر ،وأن ماقاله اللخمي ضعيف وإن صد به في الشامل».
(=)

الأنصارى[١]، وهو الذى ظهر لنا من مذهب ابن حزم الظاهرى[٢]، وصرح المالكية بأن العرف كالشرط[٣].

دليل القول الأول: استدل الحنفية ومن قال بقولهم بالآتى:

١- تمسك الحنفية بما رواه محمد فى شفعة الأصل. ورواه الزيلعى فى

(=) وفى حاشية العدوى: «واختلف فى جواز اشتراط البائع لغير المؤبر فصحح فى الشامل الجواز بناء على أنه مبقى. قال اللخمى وهو الصحيح وشهر بعضهم المنع كمنع استثناء الجنين بناء على أنه مشترى وهو الراجح». العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٣.
وأنظر القوانين الفقهية، ص ٢٢٥، وأنظر فى نقل المذهب المغنى، ج٤، ص ٢٠٧، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦: «وقال مالك: أن اشترطها المشترى بعد التأبير جاز ... وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز».
ويقول النووى فى شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١. «وإن ابعها قبل التأبير فثمرتها للمشترى، فان شرطها البائع لنفسه جاز عند الشافعية والاكثرين.
وقال مالك: لايجوز شرطها للبائع» وفى فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠. «فان شرطها المشترى بأن قال: اشتريت النخل بثمرتها كانت للمشتري، وان شرطها البائع لنفسه قبل التأبير كانت له. وخالف مالك فقال: لايجوز شرطها للبائع». وانظر شرح النيل، جـ٨، ص١٠٥.

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١، وفى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٥١، الخلاف فى استثناء غير المؤبرة. يقول الشاشى: «فان باع نخلا وعليها طلع لم يؤبر واستثناه صح استثناؤه من غير شرط القطع. ومن اصحابنا من قال: لايصح الا بشرط القطع وأصل ذلك إذا باعه دارا أو شرط لنفسه سكناها شهرا ففيه قولان. أحدهما: يصح. والثانى لايصح».
ولاحظ الأم، جـ٢، ص ٤٢، سجلد/٢. وفى البيان، جـ٣. ورقة ٧٥. «وإن باع الرجل نخلا وعليها طلع غير مؤبرة فقد ذكرنا أن الثمرة تكون للمشترى فان استثنى البائع الثمرة لنفسه فهل يجوز من غير شرط القطع فيه وجهان. أحدهما: لايجوز وهو ظاهر النص كما لو ابتدأ شراءها، فعلى هذا إذا شرط التبقية بطل البيع. والثانى: يصح البيع لأن ذلك ليس بابتياع وانما هو استبقاء لها على ملكه فلم يفتقر الى شرط القطع، فعلى هذا اذا شرط التبقية فيها إلى وقت جدادها صح البيع لأن هذا مقتضى العقد». وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢.

(٢) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٦ وما بعدها، مسألة، ١٤٥٢، ١٤٥٥

(٣) جاء فى الشرح الصغير وبلغة السالك، جـ٤، ص ٣٠٣، «ولايتناول العقد عليه ثمرا مؤبرا، أو ثمرا منعقدا من غير النخل، وسواء وقع البيع على الشجر فقط أو دخل ضمنا فى بيع الأرض ......إلا لشرط من المشترى فيكون له وكذا العرف».

نصب الراية عن النبي - ﷺ - أنه قال: «من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»[١].

وجه الدلالة من الحديث: أنه - ﷺ - جعل الثمرة للبائع مطلقا عن وصف وشرط فدل أن الحكم لايختلف بالتأبير وعدمه[٢].

ويقول البابرتي: في الحديث دلالة على أن ماوضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لايدخل لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر[٣]، والثمر خلق للفصل أي للقطع لاللقرار. ويقول الكاساني: النخل في الحديث اسم لذات الشجرة فلا يدخل ماعداه إلا بقرينة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الأشجار[٤]، والحديث أيضا فيه دلالة ظاهرة على أن مشترى الأرض وفيها أشجار مثمرة لاينال ثمرتها الا باشتراطها. قال في الاختيار: فلو شرطها المشتري دخلت في البيع عملا بالشرط[٥].

---

(١) نصب الراية، جـ٤، ص ٥. البيوع الحديث الرابع. وذكره ابن الهمام بهذا اللفظ في فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦، وفي شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦، «الثمرة للبائع إلا أن يشترط»، قال البابرتي: ولم يذكر النخل. وذكره الكاساني بلفظ الزيلعي وابن الهمام في البدائع، جـ٥، ص ١٦٤. وذكره الزيلعي في تبيين الحقائق وقال: رواه أبو داود وغيره. تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . واستدل به في الهداية وشروحها، جـ٥، ص ٤٨٦، أقول: بحثت في سنن أبي داود فلم أعثر عليه لافي البيع ولافي الشفعة.
وذكره في مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦، بلفظ «لقوله عليه الصلاة والسلام: من باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع».
وكذلك صاحب الاختيار بلفظ «من اشترى نخلا أو شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، الاختيار، جـ٢، ص ٥.
ويقول ابن عابدين: «الحديث المذكور -الثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع-» حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤، شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.

(٣) شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦.

(٤) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤.

(٥) الاختيار، جـ٢، ص ٥.

ويقول ابن عابدين: «استدل به الامام محمد على أنه لافرق بين كون الثمرة موبرة أو لا»(١).

المناقشة:

ان مااستدل به الحنفية من السنة غريب بهذا اللفظ. يقول الزيلعى فى نصب الراية بعد روايته له: «قلت: غريب بهذا اللفظ»(٢). فالحديث بلفظه

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

(٢) نصب الراية، جـ٤، ص ٥، البيع الحديث الرابع والحديث الغريب: هو، الحديث الذى يتفرد به بعض الرواة. وينقسم الى قسمين :

١- الغريب الصحيح كالأفراد المخرجة فى الصحاح.

٢- الغريب غير الصحيح وهو الغالب على الغرائب. قال أحمد بن حنبل: لاتكتبوا هذه الاحاديث الغرائب فانها مناكير وعامتها عن الضعفاء.

انظر . تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوى للسيوطى. الناشر دار الكتب الحديثة، جـ٢، ص ٢٦٢. والحديث الغريب من أقسام حديث الآحاد، رواه الواحد عن الواحد عن الواحد، وقد يكون فى بعض الطبقات أو أكثر ليس غريبا لكن يصدق عليه التعريف بوجوده من طريق واحد فقط ولو فى طبقة واحدة. وله قسمان: غريب مطلق، غريب نسبى. أما الغريب المطلق فهو مايرويه عن الصحابى راو فقط كحديث «الولاء لحمة كلحمة النسب ....» فقد تفرد به عمرو بن دينار عن عبد الله بن عمر. وأما النسبى فهو مايرويه عن الصحابى أكثر من واحد ثم ينفرد بروايته عن واحد منهم راو واحد. فالامام مالك كان يروى عن نافع عن ابن عمر حديثا ثم يروى هذا الحديث واحد عن مالك منفردا بحيث لم يروه عن مالك غير هذا الراوى، وقد روي هذا الحديث عن نافع جماعة. فان الحديث يكون غريبابالنسبة الى الراوى عن مالك، وإن كان غير ذلك بالنسبة إلى الراوى عن نافع، ولكنه يظل غريبا فليس له طرق أخرى تخرجه من حيز الغريب إلى حيز العزيز أو غيره.

والشيخ الالبانى كثيرا مايفسر قول الترمذى فى صحيحه، وكذلك قول الزيلعى فى نصب الراية: حديث غريب. بانه ضعيف، وأحيانا يقول لاأصل له، وكثيرا مايقول: يعنى أنه ضعيف. أ.هـ.

لكن لايلزم من كونه غريبا أن يكون ضعيفا فقد يكون غريبا وصحيحا كما فى حديث «انما الاعمال بالنيات» فانه غريب الاصل جاء من جهة النبى - ﷺ - فسمعه عمر، وعمر حدث به، فرواه عنه علقمة، وعلقمة حدث به، فرواه عنه محمد بن ابراهيم التيمى، والتيمى حدث به، فرواه عنه يحى بن سعيد الانصارى، وبعد يحيى بن سعيد الانصارى رواه سبعمائة نفس لكن الحافظ ابن حجر رد هذا القول بأنه قد تتبع السنن والمسانيد والاجزاء والروايات بقدر استطاعته فلم يبلغ المائتين.على كل حال الحديث الغريب قد (=)

الذى ذكروه مخالف لما ورد فى الكتب الستة وغيرها. فضلا عن أن فقهاء الحنفية اضطربوا فى لفظه فمنهم من ذكره باللفظ المذكور هنا. ومنهم من ذكره بدون لفظ «النخل» ومنهم من لم يذكر لفظ «الأرض» بل ذكر «النخل والشجر» ومنهم من ذكر لفظ «من باع» ومنهم من ذكر لفظ «من اشترى»(١).

وعلى كل حال فان الامام أبا حنيفة وأصحابه لم يردوا أحاديث الصحيحين التى جعلت مناط الحكم هو التأبير، وإنما خالفوا مفهوم الدليل فيه، فلم يجعلوا المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأحرى والأولى، وقالوا: وذلك أنه إذا وجب للبائع بعد الابار فهى أحرى أن تجب له قبل الابار(٢).

(=) يكون صحيحا أو حسنا وقد يكون ضعيفا ولكن الترمذى يكثر من إطلاقه بمعنى الضعف..والله اعلم. أنظر. مذكرة فى علم مصطلح الحديث للدكتور/ عبد الفتاح محمد فايد كلية الشريعة والقانون ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ٢٠. واتحاف النبيل بأجوبة أسئلة المصطلح والجرح والتعديل، ص ٧٩. لأبى الحسن مصطفى بن اسماعيل الجزء الأول. الناشر مكتبة ابن تيمية بالقاهرة. مكتبة العلم بجدة.

(١) راجع نصوصهم المتقدمة بالهامش.

(٢) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥، منهوم الدليل: أى مفهوم المخالفة، والذين يأخذون بدلالة مفهوم المخالفة يعرفونها بأنها «اثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه إذا قيد الكلام بقيد يجعل الحكم مقصورا على حال هذاالقيد فان النص يدل بمنطوقة على الحكم المنصوص عليه ويدل بمفهوم المخالفة على عكسه فى غير موضع القيد.
ومفهوم المخالفة يتنوع بحسب القيد الذى قيد به منطوق النص الى انواع،منها مفهوم الوصف. والذى منه الحديث الذى معنا «من باع نخلا مؤبرة فثمرتها للبائع» ، فالمفهوم أن من باع نخلا غير مؤبرة فثمرتها للمشترى. ومفهوم المخالفة لم يعتبره الحنفية طريقا من طرق التفسير فى النصوص القرآنية، والأحاديث النبوية، وبعبارة عامة لم يعتبروه طريقا من طرق فهم الأحكام. وهم هنا جعلوا دلالة الحديث من قبيل مفهوم الموافقة، أى من قبيل دلالة الأولى. والبعض يسميها بالقياس الجلى أصول الفقه للامام ابى زهرة، ص ١١٢، ١١٣، ١١٦، ١١٧. علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ١٤٨، ١٥٠، ١٥٣، ١٥٤.

فالحنفية ومن وافقهم أخذوا بمنطوق الحديث فى المؤبرة وهم لايقولون بمفهوم المخالفة فالحقوا غير المؤبرة بالمؤبرة: «وقد استدل بمنطوق الحديث على أن من باع نخلا وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة فى البيع بل تستمر على ملك البائع»[١].

ويقول الصنعاني: «وقال أبو حنيفة: هي للبائع قبل التأبير وبعده فعمل بالمنطوق[٢]، ولم يعمل بالمفهوم بناء على أصله من عدم العمل بمفهوم المخالفة»[٣].

ويقول النووى: «وأما أبو حنيفة فأخذ بمنطوق الحديث فى المؤبرة، وهو لايقول بدليل الخطاب[٤]، فألحق غير المؤبرة بالمؤبرة»[٥].

وقد عارض المخالفون هذا الصنيع من الحنفية:

يقول الامام الشوكانى: «وقول أبى حنيفة مخالف لحديثى الباب فى الصحيحين»[٦].

ويقول القرطبي: «القول بدليل الخطاب يعنى بالمفهوم فى هذا ظاهر لانه لو كان حكم غير المؤبر حكم المؤبر لكان تقييده بالشرط لغوا لافائدة

(١) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠. نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.
(٢) أى منطوق النص. وجميع الدلالات تدخل فى عموم دلالة المنطوق ماعدا دلالة النص، فيدخل فيها دلالة العبارة، ودلالة الاشارة، ودلالة الاقتضاء، لأنها دلالات اساسها اللفظ، فهى اما ان تؤخذ من عبارته، واما أن تؤخذ من اشارته، واما ان تكون دلالة اللفظ من جهة حاجته اليها. ويقابل دلالة المنطوق دلالة المفهوم. أصول الفقه لامام أبى زهرة، ص ١١٤، علم اصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ١٤٢ وما بعدها.
(٣) سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩.
(٤) يعنى بالمفهوم.
(٥) شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١.
(٦) نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.

فيه»[١].

وفى البيان: «ودليل خطاب الخبر دليل على أبى حنيفة»[٢].

ويقول ابنا قدامة: «إن حديث الباب حجة على أبى حنيفة والاوزاعى بمفهومه لأنه جعل التأبير حدا لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشترى، وإلا لم يكن حدا ولاكان ذكر التأبير مفيدا»[٣].

٢- القياس على الزرع من جهة أن اتصال الزرع بالارض انما هو اتصال للقطع لاللبقاء، فكذلك اتصال الثمر بالشجر. يقول الكمال: «إنه متصل للقطع لاللبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح»[٤].

وعبارة الاختيار: «أنه متصل به للفصل فصار كالمتاع الموضوع فيه»[٥].

وعبارة الهداية: «ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لاللبقاء فصار كالزرع»[٦].

قال البابرتى: «أى لافرق بين أن يكون الاتصال خلقة أو موضوعا»[٧]. والمقصود فصل الآدمى إياه لانتفاعه به[٨].

---

(١) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠.
(٢) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٩٦.
(٣) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦.
(٤) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.
(٥) الاختيار، جـ٢، ص ٥، وأنظر تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.
(٦) الهداية مع فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦. وانظر هامش شرح الزركشى، مجلد/٣، ص٤٩١.
(٧) شرح العناية على الهداية، جـ٥، ص ٤٨٦.
(٨) حاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١. شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥.

وخلاصة هذا القياس: أن الثمرة نماء له حد فلم يتبع اصله فى البيع عند الاطلاق كالزرع فى الأرض(١).

المناقشة:

نوقش بأنه منقوض بالحمل حيث يدخل فى البيع تبعا مع أنه متصل للفصل كما فى بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها فى البيع مع أنه متصل للفصل(٢)، ولأن الفوائد المستترة تخالف الظاهرة فى حكم التبعية فى البيع فان الجنين يتبع الأم فى البيع ولايتبعها الولد المنفصل(٣)، ولأن الزرع ليس من نماء الأرض وإنما هو سودع فيها(٤).

وأجيب: بان الفصل فى الثمر والزرع انما هو فصل الآدمى اياه لانتفاعه به، أما الفصل فى الحمل فذلك فصل الله تعالى حيث لايقدر عليه الا الله تعالى. وهو جزء الجارية حكما وحقيقة، أما حكما فانه يعتق الأم، وأما حقيقة فانه يتغذى بغذاء الام وينتقل بانتقالها(٥).

٣- يقول الماوردى الشافعى: أما أبو حنيفة فاستدل على أن غير المؤبرة لاتدخل فى البيع بأنها مما يصلح إفراده بالعقد، فلم يجز أن يكون تبعا لأصله فى البيع كالمؤبرة.

المناقشة:

قال الماوردى: فأما الجواب عما ذكروه من قياسهم على المؤبرة فالمعنى فى المؤبرة: أنها ظاهرة فلم تكن تبعا كالولد، وغير المؤبرة كامنة فكانت تبعا

---

(١) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦.
(٢) حاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١، شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥.
(٣) شرح مسلم للنووى، جـ١٠، ص ١٩١. سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩.
(٤) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦.
(٥) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥. حاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١.

كالحمل.

٤- القياس على الرهن فى عدم التبعية مؤبرة أو غير مؤبرة. قال أبو حنيفة: ولأنه عقد لايتبعه الثمرة المؤبرة فوجب الأ يتبعه الثمرة غير المؤبرة كالرهن.

المناقشة:

قال الماوردى: وأما الجواب عن قياسهم على الرهن: قلنا فى الرهن مذهبان. أحدهما: يتبع الرهن ماكان غير مؤبر، فعلى هذا سقط الجواب. والثانى: لايتبع، فعلى هذا المعنى فى الرهن أنه لما ضعف عن أن يتبعه الثمرة الحادثة، ضعف عن أن يتبعه الثمرة المتقدمة وليس ذلك كالبيع.

٥- القياس على الزرع حالة كونه بذرا فى الأرض. قال أبو حنيفة: ولأن الثمرة نماء كالزرع فلما حال الزرع فى كونه بذرا وظهوره بقلا فى أنه لايدخل فى البيع تبعا للأرض وجب أن يستوى حال الثمرة فى كونها فى الطلع وظهورها مؤبرة بارزة من الطلع فى ألا يدخل فى البيع تبعا للنخل.

قال الماوردى: وتحريره: أنه نماء، لوكان ظاهرا لم يتبع اصله فى البيع فوجب إذا كان كامنا لم يتبعه فى البيع كالزرع بأحد الوصفين.

المناقشة:

قال الماوردى: إنه قد انتفى ذلك الحكم عن الوصف الآخر[1]، فلما جعل الابار حدا لملك البائع فقد جعل ماقبله حدا لملك المشترى.

وقال: وأما الجواب عن قياسهم على الزرع: فالمعنى في الزرع أنه مستودع فى الأرض وليس بحادث منها. فلهذا لم يكن تبعا لها، وليس

---

(١) أى أنه فى الثمر انتفى عدم التبعية فى غير المؤبرة عملا، بمفهوم الحديث.

كذلك في الثمرة[١]. أي أنه قياس مع الفارق.

٦- شبه الحنفية ومن معهم خروج الثمر بالولادة، وكما أن من باع أمة لها ولد فالولد للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر في الثمر[٢]. وهذا دليل قياسي على أنها لاتكون للمشتري إلا بالشرط أبرت أم لم تؤبر.

دليل القول الثاني: احتج ابن أبي ليلى ومن وافقه بأن الثمرة متصلة بالاصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالأغصان في الاشجار، والسقف في البيوت، والصوف على الحيوان[٣].

المناقشة:

يقول ابن رشد: «وأما ابن أبي ليلى فرد الحديث بالقياس لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ولامعنى لهذا القول الا إذا كان لم يثبت عنده الحديث»[٤].

ويقول ابنا قدامة: وأحاديث الباب صريحة في رد قول ابن أبي ليلى ولأن الثمر نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان. فأما الاغصان فانها تدخل في اسم الشجر وليس لانفصالها غاية[٥].

ويقول النووي: وأما قول ابن أبي ليلى فقوله باطل منابذ لصريح

(١) أنظر هذه الأقيسة ومناقشتها في الحاوي الكبير للماوردي، جـ٦، ص ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥.

(٢) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥.

(٣) المغني والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥. الشامل لابن الصباغ، ص٢٣٤، تكملة المجموعة الأولى، جـ١١، ص ٢٣١، هامش شرح الزركشي، مجلد/٣، ص ٤٩١.

(٤) بداية المجتهد السابق.

(٥) المغني والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦. ولاحظ نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.

السنة ولعله لم يبلغه الحديث[١]، ويقول ابن الهمام: ومانقل عن ابن ابى ليلى من أن الثمرة مطلقا للمشترى بعيد إذ يضاد الاحاديث المشهورة[٢].

وفى البيان: «فنطق الخبر دليل على ابن أبى ليلى»[٣].

وقد رد أطفيش من الاباضية قول القائل به منهم قائلا: «وانظر ماحجتهم فانه منابذ ومخالف لظاهر الحديث»[٤].

وأيضا فان هذه الاشياء (الاغصان -السقف- الصوف) إنما دخلت لأنها أجزاء وليست نماء بدليل ان الحيوان يولد وعليه الصوف، والنماء مالايكون أصلا[٥].

دليل القول الثالث: استدل الجمهور على أنه إذا بيعت الشجرة مثمرة بصيغة الاطلاق وكانت الثمرة مؤبرة فانها تكون للبائع، أما إن كانت غير مؤبرة فانها تكون للمشترى. وأنه اذا شرطها احدهما كانت لمن اشترطها والعرف كالشرط بالآتى من السنة والقياس.

١- **أحاديث الباب التى فى الصحيحن وغيرهما**[٦]. قالوا: فلما حكم رسول الله - ﷺ - بالثمرة للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب[٧]، أنها للمشترى قبل الابار بلاشرط[٨]، فقد قيد عليه الصلاة

(١) شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١.
(٢) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.
(٣) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٦٩.
(٤) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ ، ١٠٦.
(٥) الشامل، ص ٢٣٤، تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ٢٣١.
(٦) راجع النص الحاكم للكم للموضوع السابق ذكره. وانظر شرح الزركشى، مجلد/٣، ص٤٩٠.
(٧) أى بمفهوم المخالفة.
(٨) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٤. وانظر حاشية العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص١٦٣.

والسلام ملك البائع في الثمرة بوصف التأبير، ولولم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فائدة[١].

ويقول الشيرازي: «أنه - ﷺ - جعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع»[٢].

وفي الأسنى بعد ذكره للحديث: «مفهومه أنها إذا لم تؤبر تكون الثمرة للمشترى إلا أن يشترطها البائع، وكون المؤبرة للبائع صادق بأن تشترط له أو يسكت عن ذلك. وكون غير المؤبرة للمشترى صادق بذلك»[٣].

وقال محمد بن اسماعيل: «حديث الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي - ﷺ -: أصح ماجاء في هذا الباب».

قال الترمذي بعد ذكره لما تقدم: «والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق»[٤].

وفي التحفة: «دل منطوق حديث الشيخين أن المؤبر للبائع إلا أن يشترطها المشترى. ومفهومه على أن غير المؤبرة للمشترى إلا أن يشترطها البائع، وكونها في المؤبرة للبائع صادق بأن تشترط له أو يسكت عن ذلك، وكونها في غير المؤبرة للمشترى صادق بذلك أي بأن تشترط له أو يسكت عن ذلك»[٥].

ويقول النووي: «فأما الشافعي والجمهور فقد أخذوا في المؤبرة بمنطوق

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤، شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.
(٢) المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، ٢٧٩.
(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.
(٤) صحيح الترمذي، جـ٢، ص ٢٣، باب (٢٥).
(٥) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥ . شرح جلال المحلي وحاشية قليوبي، جـ٢، ص ٢٣٠.

الحديث، وفى غيرها بمفهومه وهودليل الخطاب وهو حجة عندهم»(١).

وفى الأم: «قال الشافعى: وهذا الحديث ثابت عندنا عن رسول الله - ﷺ- وبه نأخذ، وفيه دلالات ، احداها: لايشكل فى أن الحائط إذا بيع وقد أبر نخله فالثمر لبائعه إلا أن يشترطها مبتاعة فيكون مما وقعت عليه صفقة البيع ويكون لها حصة من الثمن. قال: والثانية: أن الحائط اذا بيع ولم يؤبر نخله فالثمرة للمشترى لأن رسول الله - ﷺ - إذا حد فقال: إذا أبر فثمرته للبائع. فقد أخبر أن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا ابر، ولايكون مافيه إلا للبائع أو للمشترى لالغيرهما ولاموقوفا. فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشترى بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة»(٢).

وفى الفتح عند حديث البخاري الحاكم للمسألة: وقد استدل بمنطوقه علي أن من باع نخلا وعليها ثمرة مؤبرة لم تدخل الثمرة فى البيع بل تستمر على ملك البائع، وبمفهومه على أنها إذا كانت غير مؤبرة أنها تدخل فى البيع وتكون للمشترى وبذلك قال جمهور العلماء. فان شرطها المشترى بأن قال: اشتريت النخل بثمرتها كانت للمشترى، وإن شرطها البائع لنفسه قبل التأبير كانت له(٣).

قال الحافظ: فالحاصل أنه يستفاد من منطوق الحديث حكمان، ومن مفهومه حكمان. أحدهما بمفهوم الشرط، والآخر بمفهوم الاستثناء.

قال القرطبى: القول بدليل الخطاب يعنى المفهوم فى هذا ظاهر لأنه لو كان حكم غير المؤبر حكم المؤبرة لكان تقييده بالشرط لغوا لا فائدة فيه(٤).

---

(١) شرح صحيح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١.

(٢) الأم للامام الشافعى، جـ٣، ص ٤١، مجلد/٢.

(٣) وقد تقدم أن بعضا من الفقها،، قالوا: لايجوز شرطها للبائع.

(٤) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠. وانظر نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٧، ص ٢٥٨، وفيه: «... وهذا إذا لم يقع شرط من المشترى بأنه اشترى الثمرة ولامن البائع بأنه استثنى الثمرة لنفسه فان وقع ذلك كانت الثمرة للشارط».

ويقول الصنعانى: «دل الحديث على أن الثمرة بعد التأبير للبائع وهذا منطوقة، ومفهومه انها قبله للمشترى وإلى هذا ذهب جمهور العلماء عملا بظاهر الحديث»[١].

ويقول ابنا قدامة: أنه - ﷺ - جعل التأبير حدا للملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشترى والا لم يكن حدا، ولاكان ذكر التأبير مفيدا فالحديث حجة على أبى حنيفة والاوزاعى، بمفهومه»[٢].

٢- يقول الماوردى فى دليل من الخبر: وهو أن نصه على التأبير لايخلو من أحد أمرين. إما أن يراد به التنبيه على غيره، أو التمييز من غيره، فلم يجز أن يراد به التنبيه لأن حكم مالم يؤبر أخفى من حكم ما قد أبر، والتنبيه مايقصد به بيان الأخفى ليدل على حكم الأظهر، فثبت أن المراد به التمييز عن غيره وأن الحكم مختص به.

وروى أن النبى - ﷺ - أنشد قول الأنصارى حين حرَّم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له:

جددت جنى نخلتى ظالما .·. وكان الثمار لمن قد أبرا

فقال النبى - ﷺ -: «وكان الثمار لمن قد أبرا» فكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم.

كما أنشد قول الأعشى: «وهن سر غالب لم غلب» . فقال النبى

---

(١) سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩.

(٢) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦ . وانظر شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، والمحلى لابن حزم، جـ٧، ص ٣٣٦ ، ٣٣٧، مسألة، ١٤٥٢.
وفى شرح الزركشى، مجلد/ ٣، ص ٤٩١: «ومفهوم كلام الخرقى أن الثمرة إذا لم تؤبر فهى للمشترى باطلاق العقد. وهو مفهوم الحديث أيضا. والخرقى رحمه الله إنما حكم على النخل اذا أبر جميعه أما إذا أبر بعضه فلم يتعرض له».

- ﷺ -: «وهن سر غالب لمن غلب»[(١)].

وروى أن رجلين تبايعا نخلا ثم اختصما فى الثمرة فقضى بها رسول الله - ﷺ - للذى لقح[(٢)]، فدل على أن التلقيح وهو التأبير علم يتعلق به الحكم فى تمليك الثمرة فان لقح البائع كانت الثمرة له، وان لقح المشترى اقتضى أن تكون الثمرة له[(٣)].

المناقشة:

إن حاصل استدلال الجمهور بالحديث هو الاخذ بمنطوقه وبمفهومه، والمفهوم حجة عندهم. وقد قيد الرسول - ﷺ - ملكية البائع للثمر بالتأبير ولولم يكن يختلف الحكم لما كان للتقييد فائدة.

واعترض الحنفية فقالوا: إنه لاحجة فيما روى لأن تقييد الحكم بوصف لايدل على أن الحكم فى غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتا

(١) ونقله السبكى فى المجموع عن الماوردى جـ١١، ص ٣٣٩. ورواه الامام احمد من حديث الأعشى المازنى فى مسنده، جـ٢، ص ٢٠٢. انظر هامش الحاوى الكبير، جـ٦، ص١٩٣.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى السابق.

(٣) المصدر السابق، ص ١٩٤. قال السبكى فى المجموع، جـ١١، ص ٣٣٨: «واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله - ﷺ - حائطا مثمرا ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكراه فلما ثبت البيع اختلفا فى الثمر، واحتكما فيه الى النبى - ﷺ -، فقضى بالتمر للذى لقح النخل - البائع - . وهذا من مراسيل عطاء وهو فى الأم، جـ٣، ص ٤٢. وانظر هامش الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٤.

وروى ابن ماجة حديث عبادة بن الصامت (٢٢١٣): «قضى رسول الله - ﷺ - بتمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع» وفى اسناده اسحاق بن يحيى بن الوليد لم يدرك عبادة. قاله البخارى وغيره. وذكر القاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى ولفظه: «فجعل التمر لمن أبرها» وذكره أبو إسحاق وأبو على الطبرى فى المحرر. وأنظر هامش الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٤ نقلا عن السبكى فى المجموع. وانظر حديث عبادة فى سنن ابن ماجة، جـ٢، ص ٧٤٦. كتاب التجارات. وقد تقدم ذكره هنا.

موقوفا على قيام الدليل وقد قام وهو ماروينا[١]، ولايحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها ـى بعض وهذا لايجوز لما عرف فى أصول الفقه[٢].

ويقول ابن الهمام فى بيان وجه دلالة الجمهور من الحديث: وحاصله استدلال بمفهوم الصفة[٣]، فما قال به يلزمه وأهل المذهب ينفون حجيته.

ثم يرد على الجمهور فيقول: وماقيل إن فى مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلايدل على نفى الحكم عما عداه إنما يلزمهم لوكان لقبا ليكون مفهوم لقب[٤]، لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا، ولو صح حديث محمد[٥]، فهم يحملون المطلق على المقيد، وعلى أصول المذهب أيضا يجب لأنه فى حادثة واحدة فى حكم واحد.

قال: والذى يلزمهم من الوجه القياس على الزرع[٦]، حيث أنه متصل للقطع لاللبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا.

قال: وحينئذ فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لايؤخرونه عنه،

---

(١) راجع أدلة القول الأول.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤.

(٣) مفهوم الوصف: أن يثبت الحكم فى المنطوق المقيد بوصف بما جاء به اللفظ وأن يثبت النقيض اذا تخلف الوصف. أصول الفقه للامام أبى زهرة، ص ١٢١ ، علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ١٥٤. كقوله: «من باع نخلة مؤبرة فثمرتها للبائع».

(٤) مفهوم اللقب: أن يذكر الحكم مختصا بجنس أو نوع فيكون الحكم ثابتا فى موضوع النص منفيا فيما عداه كقوله - ﷺ -: «لى الواجد ظلم يحل عقوبته» أى أن مطل الغنى فى أداء الدين ظلم يسوغ العقاب، وهذا يؤخذ منه بمفهوم المخالفة أن مطل غير القادر لايعد ظلما ولايسوغ العقاب. أصول الفقه للامام أبى زهرة، ص ١٢٠، علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ١٥٥.

(٥) راجع أدلة القول الأول.

(٦) راجع هذا القياس فى أدلة القول الأول.

فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله: «نخلا مؤبرا» يعنى مثمرا[١].

أقول: فابن الهمام لايلزم الجمهور بحديث محمد حتى وإن صح، وإنما يلزمه بقياس مذهبه لأنه عند تعارض القياس مع المفهوم يقدم القياس.

وأقول: كان يمكن ذلك لوصح هذا القياس لكنه لم يصح عند الجمهور كما تقدم[٢].

٣- استدل الجمهور بالقياس على الحمل واللبن فى الضرع قالوا: إن الثمرة نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل فى الحيوان[٣].

يقول الشيرازى: «ولأن ثمرة النخل كالحمل لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ثم الحمل الكامن يتبع الاصل فى البيع والحمل الظاهر لايتبع فكذلك الثمرة»[٤].

ويقول العمرانى[٥]: «ولأنه نماء مستتر فى المبيع من أصل الخلقة فجاز أن يتبع الاصل فى البيع كالحمل[٦] ... أو نقول: لأنه نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره كالحمل»[٧].

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.

(٢) راجع مناقشة قياس الحنفية فى أدلة القول الأول.

(٣) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦. وانظر شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥.

(٤) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٥) فى مخطوطة البيان، جـ٣، ورقة ٦٩.

(٦) فقولنا: مستتر فى المبيع. احتراز من الثمرة بعد التأبير. وقولنا: من أصل الخلقة. احتراز من الركاز والاحجار المدفونة فى الأرض.

(٧) فقولنا: نماء كامن. احتراز من المؤبر. وقولنا: لظهوره غاية. احتراز من الرمان والموز فى قشره. انظر البيان، جـ٣، ورقة ٦٩.

ويقرر الماوردى القياس فيقول: ولأن ثمرة النخل إذا كانت طلعا بمثابة الحمل إذا كان مستجنا، فاذا أبرزت من طلعها كانت كالحمل إذا انفصل عن أمه، فلما كان الحمل قبل انفصاله تبعا لأمه فى البيع اقتضى أن تكون الثمرة قبل بروزها من الطلع تبعا للنخل فى البيع.

قال: وتحريره قياسا: أنه نماء مستجن فى أصله فوجب اذا لم يظهر أن يكون فى البيع تبعا لأصله كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع[١].

المناقشة:

قد يقال: إن المعنى فى الحمل أنه لايجوز إفراده بالعقد فلذلك كان تبعا، وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد فلم يكن تبعا.

والجواب: أن هذا القول فاسد بأبواب الدار. ثم يقال: الحمل جار مجرى أبعاض الأم فلما لم يجز العقد على أبعاضها. لم يجز على حملها، والثمرة قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها، ولأن الثمرة تختلف أحوالها فجاز أن تكون تبعا لأصلها فى بعض احوالها، قياسا على نور[٢]، الثمار قبل انعقاده[٣].

وللامام الشافعى فقه فى هذا أعجبنى حيث يقول: والدلالة بالسنة فى النخل قبل أن يؤبر وبعد الابار فى أنه داخل فى البيع مثل الدلالة بالاجماع فى جنين الأمة وذات الحمل من البهائم، فان الناس لم يختلفوا فى أن كل ذات حمل من بنى آدم ومن البهائم بيعت فحملها تبع لها كعضو منها داخل فى البيع بلاحصة من الثمن لأنه لم يزايلها، ومن باعها وقد ولدت فالولد غيرها، وهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع فيكون قد وقعت عليه الصفقة،

(١) الحاوى الكبير للماوردى، جـ٦، ص ١٩٤.
(٢) النور: هو الزهر.
(٣) الحاوى السابق.

وكـانت له حـصـة من الثـمن. ويخـالف الثـمـر الذى لم يؤبر الجنين فى أن له حصـة من الثمن لأنه ظاهر وليست للجنين لأنه غيـر ظاهر. ولولا مـاجاء عن رسـول الله - ﷺ - فى ذلك لما كـان الثـمر قد طلع مـثل الجنين فى بطن أمه لأنه قد يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجرة ويكون ذلك مـباحا منه، والجنين لايقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له، ولايباح لأحد اخراجه، وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا فجمعنا بينهما خبرا لاقياسا اذ وجدنا حكم السنة فى الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع فى بعض حكمهما بأن السنة جاءت فى الثمر لم يؤبر كمعنى الجنين فى الاجماع فجمعنا بينهما خبرا لا قياسا إذ وجـدنا حكم السنة فى الثـمـر لم يؤبر كـحكم الاجـمـاع فى جنين الأمـة. وإنما مثلنا فيـه تمثيـلا ليفقهه من سمعه من غيـر أن يكون الخبر عن رسـول الله - ﷺ- يحتاج الى أن يقاس على شئ بل الأشياء تكون له تبعا[1].

أقول: فالامام الشـافعى لم يلحق الثـمر غيـر المؤبر بالجنين قيـاسا وإنما الحقه به سنة عن رسول الله - ﷺ - . وهذا فقه لايكون إلا للامـام ومن هو مثله فى الفهم رحمهم الله تعالى.

٣- أمـا الدليل على صحة الشرط فهو الحديث[2]، حيـث دل علـى أن الشـرط الذى لاينافى مـقـتضى العـقـد لايفسـد البـيـع فـيـخص النهى عن بيع وشرط[3].

وفى الدر فى هذا الموطن: «... ولاالثمر فى بيع الشجر بدون الشرط عبر هنا بالشرط ... ليفيد ... وأن هذا الشرط غير مفسد، وخصه بالثمر اتباعا لقوله - ﷺ - الثمرة للبائع إلا أن يشترطه»[4].

ويقـول ابنا قدامة: «أنه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم

(١) الأم، جـ٣، ص ٤١ ، ٤٢، مجلد/ ٢.
(٢) أعنى الأحاديث الحاكمة للمسألة.
(٣) سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩. فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧١، شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.
(٤) الدر المختار بهامش رد المحتار، جـ٤، ص ٣٨.

فصح كما لو باع حائطا واستثنى نخلة بعينها، ولأن النبى - ﷺ - نهى عن الثنيا -أى الاستثناء- إلا أن يعلم»[١].

وأما دليل من قال إنه لايجوز للبائع اشتراط الثمرة غير المؤبرة ويجوز للمشترى اشتراط الثمرة المؤبرة.، فلأن المشترى بمنزلة مشتريها مع أصلها، أما البائع فلأنه بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط التبقية[٢].

وقياسا على منع استثناء الجنين. قال العدوى: «واختلف فى جواز اشتراط البائع لغير المؤبر ... وشهر بعضهم المنع كمنع استثناء الجنين بناء على أنه مشترى»[٣].

وأما دليل من سوى بين البائع والمشترى فى جواز الاشتراط فلأن المستثنى مبقى[٤]، ولأن البائع أحد المتبايعين فصح استراطه للثمرة كالمشتري، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه، وبقوله - ﷺ-: «إلا أن يشترط المبتاع»[٥]، وعليه فاذا شرطه أحدهما وجب الوفاء بالشرط[٦].

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٧، والشرح، جـ٤، ص٢٠٦. والحديث فى صحيح الترمذى، جـ٣، ص ٤٥، باب ماجاء فى النهى عن الثنيا. عن عطاء عن جابر: «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا، إلا أن تعلم».
قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، غريب من هذا الوجه، من حديث يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر.
وانظر منتقى الاخبار بشرحه نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٣٤. باب النهى عن الاستثناء فى البيع الا أن يكون معلوما. والحديث أخرجه مسلم بلفظ «نهى عن الثنيا». وأخرجه ايضا بزيادة «الا أن تعلم» النسائي وابن حبان فى صحيحه. وغلط ابن الجوزى فزعم أن هذا الحديث متفق عليه وليس الأمر كذلك، فان البخارى لم يذكر فى كتابه الثنيا. والثنيا المراد بها الاستثناء فى البيع. نيل الأوطار السابق.

(٢) المصدرين السابقين.

(٣) العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٣.

(٤) الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٣، الصاوى على الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠٥.

(٥) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٧، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦.

(٦) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥. شرح المحلى وحاشية قلبوبى، جـ٢، ص ٢٣٠. أسنى(=)

سبب الخلاف والراجح:

إن سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة بين الحنفية ومن وافقهم، وبين الشافعية والمالكية والحنابلة ومن وافقهم، معارضة دليل الخطاب[(١)]، لدليل مفهوم الأحرى والأولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكن ههنا ضعيف، وإن كان فى الأصل أقوى من دليل الخطاب.

وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى ومن وافقه لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف[(٢)].

وإذا كان ذلك كذلك وبناء على ماتقدم من الأدلة والمناقشة نرى رجحان مذهب الجمهور الذاهب أهله إلى التفرقة بين الثمر المؤبر، وغير المؤبر عند الاطلاق أى عند عدم الاشتراط من البائع أو المشترى أن الثمرة له، فعند عدم الشرط من أحدهما تكون المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري لقوة دليل الجمهور من السنة الصحيحة، والمعنى، ولضعف أدلة المخالف أمام المناقشة، فضلا عن أن مااستدل به الحنفية من السنة إنما هو استدلال بما رواه محمد فى شفعة الأصل وقد سبق الكلام عنه[(٣)].

الراجح

ولعل ماذكره المحقق المدقق العلامة ابن عابدين عن علماء مذهبه يؤيد مارحجناه. فبعد أن استدل بحديث الامام محمد لمذهبهم نفى معارضة حديث الكتب الستة والذى استدل به الجمهور فقال: «وأما حديث الكتب الستة من

(=) المطالب، جـ٢، ص ١٠١. وإنما بطل البيع بشرط استثناء البائع الحمل أو منفعة شهر لنفسه عند الشافعية لأن الحمل لايفرد بالبيع، والطلع يفرد به، ولأن عدم المنفعة يؤدى لخلو المبيع عنها وهو مبطل. تحفة المحتاج السابق. شرح المحلى والقليوبى السابق، الرملى على الأسنى السابق.

(١) أى مفهوم المخالفة.

(٢) ابن رشد فى بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥.

(٣) ذكر الزيلعي في تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ ، أنه رواه أبو داود وغيره وقد بحثت فيه وفى غيره فلم أعثر عليه. ولم أجده إلا فى نصب الراية كما تقدم.

باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع -فلا يعارضه لأن مفهوم الصفة غير معتبر عندنا ». وعن غرابة الحديث قال: «وماقيل من الحديث الأول غريب ففيه أن المجتهد اذا استدل بحديث كان تصحيحا له كما فى التحرير وغيره».

ثم اعترض بما ورد فى الفتح مقرونا بجوابه فقال: «نعم يرد مافى الفتح أن حمل المطلق على المقيد هنا واجب لأنه فى حادثة واحدة فى حكم واحد. ثم أجاب عنه بأنهم قاسوا الثمر على الزرع. كما قال فى الهداية: أنه متصل للقطع لاللبقاء وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارضا». ثم ذكر اعتراض البحر على ما أورده من الفتح فقال: «واعترض فى البحر قوله: أن حمل المطلق على المقيد واجب الخ بأنه ضعيف لما فى النهاية من أن الأصح أنه لايجوز لافى حادثة ولافى حادثتين حتى جوز أبو حنيفه التيمم بجميع أجزاء الأرض بحديث: جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا. ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو حديث: التراب طهور» ثم أجاب ابن عابدين بقوله: «أقول: أجبت عنه فيما علقته على البحر بأن المقيد هنا لاينفى الحكم عما عداه لأن التراب لقب ومفهوم اللقب غير معتبر الا عند فرقة شاذة ممن اعتبر المفاهيم فليس مما يجب فيه الحمل فلا دلالة فى ذلك على أنه لايحمل فى حادثة عندنا كيف وحمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحكم والحادثة مشهور عندنا مصرح به فى متن المنار والتوضيح والتلويح وغيرها، فما استند اليه من كلام النهاية غير مسلم فافهم[1].

وهكذا نجد الحنفية فى موقف صعب للعمل بحديثهم مع وجود حديث الكتب الستة والقواعد الاصولية.

وايضا يترجح فى نظرنا التسوية بين البائع والمشترى فى جواز

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

الاشتراط لقوة حجة القائل به في نظرنا، ولأن من ضعف ذلك لم يذكر وجه التضعيف، ولأنه قول الأكثرين.

عود إلى مذهب الحنفية، والظاهرية:

أولا: مذهب الحنفية:

مايترتب على كون الثمر للمشترى:

سبق أن الحنفية يقولون أن الثمرة للبائع إذا بيعت النخلة مثمرة أبرت أم لم تؤبر، وأن المشترى لاينالها إلا بالشرط. وقال ابن أبى ليلى: هى للمشترى مطلقا، وقال الجمهور: ينالها المشترى إذا لم تكن قد أبرت، ولاينالها إن كانت قد أبرت الا باشتراطها فى العقد.

فلو كان على النخلة ثمر وكان للمشترى فان الحنفية صرحوا بعدة أحكام تتعلق بذلك.

أ- إذا أكله البائع:

لو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى لنفسه فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة. وهذا بخلاف مالو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع فان أبا حنيفة قال: تلزمه الشاة ولاخيار له[١].

وفى هذا يقول الكاسانى أيضا: الثمرة للبائع إذا لم يسم[٢]، الثمرة فى بيع الشجر. فأما إذا سمى دخل الثمر مع الشجر فى البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لأنه لما سماها فقد صارت مبيعا مقصودا لورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمر قبل القبض بآفة سماوية

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥. حاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١.

(٢) أى لم يشترطه المشترى.

أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشترى كما لوهلك الشجر قبل القبض، والمشترى بالخيار إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه(١).

ب- قطع البائع له:

لو جذه البائع والمجذوذ قائم بعينه ينظر. إن جذه فى حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشترى ويقبضهما بجميع الثمن، ولو قبضهما بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرد المعيب خاصة لأنه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما إذا جذه المشترى بعد القبض ثم وجد بأحدهما عيبا أنه ليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما جميعا أو يمسكهما لأنهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعا فافراد احدهما بالرد يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لايجوز.

وماتقدم إنما هو عند عدم نقص الثمر بالجذاذ بأن جذه البائع فى حينه وأوانه. فأما إذا نقصه بأن جذه فى غير حينه سقط عن المشترى حصة النقصان لأنه لما نقصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض فتسقط عن المشترى حصته من الثمن وله الخيار فى الباقى لتفرق الصفقة عليه. وإذا قبضهما المشترى بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرد المعيب خاصة لأنه قبضهما وهما متفرقان فصارا كأنهما كانا متفرقين عند العقد(٢).

حكم استئجار البائع للشجرة المبيعة ليترك عليها ثمره:

لو استأجر البائع الشجر من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦، ولاحظ الاختيار، جـ٢، ص ٦.
(٢) بدائع النصائع، جـ٥، ص ١٦٦.

يعار الى الادراك فلو أبى المشترى يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر. نص عليه فى جامع الفصولين[١].

قال فى البحر: ولافرق يظهر بين المشترى والبائع. قال صاحب الدر: فليحفظ[٢] فى جامع الفصولين: «باع شجرا عليه ثمرا وكرما عليه عنب لايدخل الثمر فلو استأجر الشجر من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار الى الادراك فلو أبى المشترى يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر»، قال فى النهر: ولافرق يظهر بين المشترى والبائع[٣].

وفى ابن عابدين: «فلو استأجر الشجر من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار الى الادراك فلو أبى المشترى يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر. النهر عن جامع الفصولين».

وقد ذكر ابن عابدين أن التخيير المذكور يتنافى مع قول المتون ولعله قول آخر قال عقيب النص السابق: «وسيذكره الشارح آخر الباب فتأمله مع قول المتون: «ويؤمر البائع بالقطع فانه ينافى التخيير المذكور ولعله قول آخر. فليحرر»[٤].

ثانيا: مذهب ابن حزم الظاهرى:

لايجوز شرط المشترى إلا إذا كان المبيع ثلاث نخلات فصاعدا:

ابن حزم الظاهرى يتفق مع الجمهور فى أنه عند الاطلاق تكون الثمرة غير المؤبرة للمشترى وأن المؤبرة للبائع، فاذ اشترط أحدهما ثمرة الآخر نالها

---

(١) جامع الفصولين لابن قاضى سماوة. وسمى بذلك لأنه جمع فيه بين فصولى العمادى والاستروشنى، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٩٩.

(٢) الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.

(٣) المصدر السابق، ص ٢٢.

(٤) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

بالشـرط. إلا أن هذا الحكم عند ابن حـزم لايكون للمـشـتـرى إلا فى ثلاث نخـلات فـصاعـدا فـلا يكون فى واحـدة أو اثنتـين . قـال: «ومن باع نخلة أو نخلتين وفـيـها ثمر قد أبر لم يجز للمبتـاع اشتـراط ثمرتها أصـلا ولايجوز ذلك إلا فى ثلاث فصاعدا».

ورتب على ذلك أن من باع حصة له مشاعـة فى نخل فان كـان يقع له فى حصـتـه منها -لوقـسـمت- ثلاث نخـلات فـصـاعدا جاز للمبتـاع اشتـراط الثمرة، وإلا فلا.

قال: والثمرة فى كل ماقلنا للبائع ولابد.

وحـجـة ابن حزم: قـول رسـول الله - ﷺ -: «من باع نخـلا قـد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتـاع». فلم يحكم عليه السـلام بذلك إلا فى نخل وأقل مـايقع عليـه اسم «نخل» ثلاث فـصـاعـدا لأن لفظ التـثنيـة الواقع على اثنين مـعـروف فى اللغـة التى بهـا نزل القـرآن وخـاطبنا بهـا رسـول الله - ﷺ -، وأول لفظ الجمع إنما يقع على الثلاث فصاعدا.

ثم ان ابن حزم ذكر اعتراضا قد يقول به المخالف ورد عليه فقال: فان ذكـروا قـول الله تعـالى: ﴿فقد صغت قـلوبكمـا﴾[١]. قـلنـا: المعـروف عند العرب: أن كل اثنين من اثنين فـانه يخبر عنه بلفظ الجمع، فان قـيـل: الجمع ضم شئ الى شئ، فالاثنان جمع؟ قلنا: هذا باطل، ولو كان كما قلتم لجاز أن تخبر عن الواحد بلفظ الجمع فـيقال: زيد قـامـوا، والرجـل قـتلوا، لأن الواحد أيضا أجزاء مجمـوع بعضها الى بعض[٢]. أقول: وقول ابن حزم تمسك بظاهر اللفظ فى الحديث، وقد تقرر أن العبرة بالمعانى لابالألفاظ والمبانى.

---

(١) سورة التحريم. جزء من الآية: ٤.

(٢) المحلى، جـ٧، ص ٣٤٠، مسألة، ١٤٥٥.

المبحث الثاني

حكم ثمر النخل إذا تأبر البعض دون البعض

أقول: هذا المبحث الكلام فيه للجمهور إذ هو المعتبر للتأبير في الحكم وقد تقدم أن النخلة المبيعة إن كانت مؤبرة كلها فثمرتها للبائع، وان كانت غير مؤبرة فثمرتها للمشترى ولاينال أحدهما ثمرة الآخر حينئذ إلا بالشرط فان شرطها المشترى لنفسه وهى مؤبرة كانت له، وان شرطها البائع لنفسه وهى غير مؤبرة كانت له عند الأكثر[١].

إذا اتضح هذا فاننا سنتكلم عن حكم ثمرة النخل ان أبر بعضه دون البعض[٢].

اولا: مذهب المالكية:

يذكر ابن جزى فى قوانينه أنه إن أبر بعض الثمر فالمأبور للبائع وغير المأبور للمشترى[٣]، هكذا بدون تفصيل لكن فى كتب الشراح أن هذا الحكم فيما أبر النصف أو مايقرب منه يقول الازهرى: «أنه إن أبر النصف أو مايقرب منه من الثمرة ولم يؤبر نصفها الآخر فلكل حكمه فالمؤبر للبائع مالم يشترطه المبتاع وغيره للمبتاع»[٤].

ويقول الدردير: «وإن أبر النصف أو ماقاربه فلكل حكمه فما أبر للبائع إلا لشرط، والنصف الذى لم يؤبر للمبتاع إلا إذا شرطه البائع لنفسه وإلا كان له»[٥].

---

(١) راجع الخلاف السابق فى حكم اشتراط البائع ثمرة النخلة غير المؤبرة.
(٢) أما ثمرة غير النخيل من الشجر فسنتكلم عنه بعد ذلك.
(٣) القوانين الفقهية، ص ٢٢٥. ولاحظ بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥.
(٤) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩.
(٥) الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٣.

ويقول الخرشي: «وإن أبر النصف أو ماقاربه فما أبر فللبائع إلا لشرط، ومقابل ذلك للمبتاع»[١].

ويقول الصاوي: «وإن أبر النصف فلكل حكمه»[٢].

وفي الشرح: «وإن أبر النصف أو ماقاربه دون النصف الآخر فلكل منهما حكمه فالمؤبر أو المنعقد[٣]، للبائع إلا لشرط وغيره للمبتاع»[٤].

وفي حاشية العدوي: «أما لولم تؤبر أصلا، أو أبر منها دون النصف فانه يكون للمشترى ، ولو أبر النصف لكان كل على حكمه فالمؤبر للبائع إلا أن يشترطه المشتري، وغيره للمشترى»[٥].

وهذا الحكم عند المالكية إذا كان ماأبر في نخلات بعينها ومالم يؤبر في نخلات بعينها، وأما إن كان ماأبر شائعا في كل نخلة وكذلك مالم يؤبر شائعا فقد اختلف فيه على خمسة أقوال.

القول الأول: كل الثمر للبائع. والقول الثاني: كله للمبتاع أي المشترى. القول الثالث: يجبر البائع فى تسليمه جميع الثمرة وفى فسخ البيع . القول الرابع: البيع مفسوخ. القول الخامس: قال ابن العطار: الذى به القضاء أن البيع لايجوز إلا برضا أحدهما بتسليم الجميع للآخر[٦].

---

(١) شرح الخرشي، جـ٥، ص ١٨٣.

(٢) بلغة السالك، جـ٤، ص ٣٠٣.

(٣) المقصود بالمؤبر: ثمر النخل. والمقصود بالمنعقد: ثمر غير النخل من الشجر.

(٤) الشرح الصغير، جـ٥، ص ٣٠٥.

(٥) العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٣.

(٦) هكذا ذكر الدسوقى الأقوال فى محل الخلاف، وذكرها الخرشى أربعة أقوال لكن الشيخ العدوى على الخرشى أكملها الخمسة. وكذلك الصاوى فى بلغة السالك، جـ٤، ص ٣٠٥، حيث قال: «هذا إذا كان النصف معينا بأن كان ماأبر فى نخلات بعينها ومالم يؤبر فى نخلات بعينها. وأما إن كان النصف المؤبر شائعا فى كل نخلة -وكذا مالم يؤبر، فاختلف فيه على خمسة أقوال. قيل: كله للبائع. وقيل: للمبتاع. وقيل: يخير البائع فى (=)

ودرج عليه فى الشامل. قال العدوى: «حيث ذهب اليه الشامل فيدل على أنه الراجح». وصرح بر جحانه الصاوى فى بلغة السالك.

قال الدسوقى: وهذا مبنى على جواز اشتراط البائع غير المؤبر وأن المستثنى مبقى وهو قول اللخمى. والمشهور امتناع اشتراط البائع غير المؤبر، وأن ماقاله اللخمى ضعيف وإن صدر به فى الشامل.

وماتقدم كان عن الحكم إذا كان المؤبر النصف أو ماقاربه. أما إذا كان المؤبر هو الأكثر وغير المؤبر هو الأقل فان حكمه حكم مالو كان مؤبرا كله فيتبع القليل غير المؤبر الكثير المؤبر ويكون كله للبائع. فاذا كان غير المؤبر هو الاكثر كان الكل للمشترى.

أى أن الحكم فى هذه الحالة الغلبة للأكثر. يقول الدردير: «لايتناول العقد على الشجر الثمر المؤبر كله هو أو أكثره».

قال الدسوقى: «وحاصله: أن من اشترى أصولا عليها ثمرة قد أبرت أو أكثرها فان العقد على الأصول لايتناول تلك الثمرة وحينئذ فهى للبائع».

ويقول: «فاذا اشترى نخلا وكان فيها ثمر أقله مؤبر وأكثره غير مؤبر فان ذلك المؤبر القليل يكون تبعا للكثير الغير مؤبر فى تناول العقد على النخلة له وحينئذ يكون الثمر كله للمشترى»[1].

وقد يعترض على المالكية فيقال: ظاهر الحديث أن يكون قد أبرت

(=) تسليمه جميع الثمرة وفى فسخ البيع. وقيل: البيع مفسوخ. وقال ابن العطار: «والذى به القضاء أن البيع لايجوز إلا برضا أحدهما بتسليم الجميع للأخذ وهو الراجح».

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣ ص ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، شرح الخرشى وعليه حاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٣. الشرح الصغير وبلغة السالك، جـ٤، ص ٣٠٣، ٣٠٥.

كلها. أبدى هذا الاعتراض العدوى ثم ذكر الجواب فقال: «فإن قلت: ظاهر الحديث أن يكون قد أبرت كلها. قلت: أجاب البساطى بأنهم نزلوا الأكثر منزلة الكل لأنه يعطى حكمه فى كثير من الأحوال»(١).

هذا هو مذهب المالكية من واقع مصادرهم(٢).

ثانيا: مذهب الشافعية:

أولا: فى النخلة الواحدة:

للشافعية وجهان. الوجه الأول وهو المعتمد عندهم: أنه إن تأبر البعض ولو كان التأبير فى طلع واحد كانت الثمرة كلها المؤبرة وغير المؤبرة للبائع.

وحجة هذا الوجه أن فى افراد كل بحكم عسر أو ضرر مشاركة، أى لما فى تتبع ذلك من العسر، ولأنه من ثمرة العام وكما يتبع باطن الصبرة ظاهرها فى الرؤية، وأساس الدار ظاهرها.

قال الشيخ أبو حامد: «ولأنا لو قلنا إن ما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فيتبع الباطن من الشجرة الظاهر منها كما يتبع أساس الدار ظاهرها»(٣).

فمقتضى اطلاق الشافعية أنه إن تأبر بعضها وإن قل ولو فى غير وقته فللبائع جميعها المتأبر وغيره حتى الطلع الحادث، حتى ولو وجد

---

(١) العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٣.

(٢) وينقل أطفيش مذهب المالكية فيقول: «وقد يقال: إن كان أحدهما أكثر فالحكم له كما قالت المالكية» شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦. ونقل الحافظ والشوكانى مثله: «وجعل المالكية الحكم للأغلب» فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠. نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.
والملاحظ أن هؤلاء اقتصروا فى النقل على حالة واحدة فى المذهب، ولم ينقلوا الحالة الأخرى وهى «تأبير النصف أو ماقاربه».

(٣) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧١.

التـأبيـر بين الايجـاب والقـبـول كـانت للبـائع أيضـا، بل ولو مع آخر القـبـول لحصوله قبل انتقاله عن ملك البائع[١].

يقول النووى: «لايشترط لبقاء الثمرة على ملك البائع التأبير فى كل كمام وعنقود بل إذا باع نخلة أبر بعضها فالكل للبائع»[٢].

ويقول المحلى معللا: «وألحق تأبير بعضها بتأبير كلها بتبعية غير المؤبر للمؤبر لما فى تتبع ذلك من العسر»[٣].

ويقول الشيخ زكريا معللا أيضا: «وإن أبر نخلة أو طلع واحد تبعها فى الحكم جميع الثمرة الحادثة تأبيرا أو إطلاعا إذ فى افراد كل بحكم عسر أو ضرر مشاركة، ولأنه من ثمرة العام. ولم يعكس الحكم لأن الباطن صائر إلى الظهور وكما يتبع باطن الصبرة ظاهرها فى الرؤية وقياسا على البهيمة والجارية»[٤].

الوجه الثانى: ماتأبر للبائع وغيره للمشترى. وبه قال الماوردى وتبعه ابن الرفعة[٥].

ولعل حجتهما ظاهر الحديث الحاكم للمسألة ومفهومه واطراده فى مسائل الباب حتى تكون على وتيرة واحدة.

---

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٥ ، شرح جلال المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠. وانظر المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ وما بعدها. حلية العلماء، جـ٢، ص٥٤٧.

(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧.

(٣) شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٣٠. وانظر أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.

(٤) أسنى المطالب وحاشية الرملى عليه، جـ٢، ص ١٠١.

(٥) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٥ ، شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠، وانظر المهذب، جـ١، ص ٢٧٩. حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨.

ثانيا: فى نخلات البستان الواحد:

يذكر الماوردى القاعدة التى تحكم هذه المسألة ودليلها فيقول بعد أن ذكر نص المزنى عن الشافعى: وهذا صحيح اذا أبر الحائط أو نخلة منه كان تأبيرا لجميعه، وصار مالم يؤبر من الحائط فى حكم ماقد أبر منه فى كونه للبائع وخروجه من البيع لقوله - ﷺ -: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع». ولم يفصل بين أن يكون التأبير فى جميعه أو بعضه. ولأن فى اعتبار التأبير فى كل نخلة مشقة وفى تبعيض الثمرة بين البائع والمشترى اختلاف وسوء مشاركة فجعل مالم يؤبر تبعا لما قد أبر فى خروجه من البيع.

فان قيل: فهلا جعلتهم ماقد أبر تبعا لما لم يؤبر فى دخوله فى البيع؟ قيل: لأن المؤبرة ظاهرة، وغير المؤبرة باطنة، وقد استقر فى الشرع أن يكون الباطن تبعا للظاهر، ولايكون الظاهر تبعا للباطن. ألا ترى أن مابطن من أساس الحائط ورؤوس الاجذاع تبع لما ظهر فى جواز البيع، ولايكون ماظهر تبع لما بطن فى بطلان البيع؟[1].

أقول: فاذا ثبت أن تأبير بعض النخل تأبير لجميع النخل، فانه لوباع نخلات بستان واحد بعضها مؤبر دون بعض فاما أن يتحد النوع وإما أن يختلف. قال الماوردى: «فاذا ثبت أن تأبير بعض النخل تأبير لجميع النخل فلا يخلو حال النخل من أحد أمرين. إما أن يكون نوعا واحدا، أو أنواعا»[2].

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٦.
(٢) المصدر السابق.

أ- إن اتحد النوع

ان اتحد النوع فالثمرة كلها للبائع. يقول الشاشى: «فان كان قد أبر بعض الحائط دون البعض جعل الجميع كله كالمؤبر»[١].

ويقول الماوردى: «فان كان نوعا واحدا فتأبير نخلة منه كتأبير جميعه»[٢]. وهذا موضع اتفاق عند الشافعية فيكون الثمر جميعه للبائع.

وحجة ذلك ماقاله الشيخ أبو حامد: أنه إذا أبر نخلة واحدة من جماعة نخل أو طلعة يقال: قد أبر الثمرة. ولأنا لو قلنا إن ما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فيتبع الباطن من الشجرة منها كما يتبع أساس الدار ظاهرها[٣]. ولقوله - ﷺ -: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع»[٤]. ولم يفصل عليه السلام بين أن يكون التأبير فى جميعه أو بعضه[٥].

وفى الأسنى قال معللا: «وإن أبر نخلة أو طلع واحد تبعها فى الحكم جميع الثمرة الحادثة تأبيرا أو إطلاعا إذ فى افراد كل بحكم عسر أو ضرر مشاركة، ولأنه من ثمرة العام. ولم يعكس الحكم لأن الباطن صائر إلى

---

(١) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٦.

(٣) فى البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧١: «وإن أطلع الحائط فأبرت نخلة منه أو طلعة من نخلة ثم باع جميع النخل، نظرت. فان كان النخل نوعا واحدا فان جميع طلع النخل يكون للبائع إذا لم يشترط المشترى دخولها فى البيع لقوله - ص - من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع. قال الشيخ أبو حامد: وإذا أبر نخلة واحدة من جماعة نخل أو طلعة يقال: قد أبر الثمرة، ولأنا لوقلنا إن ما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فيتبع الباطن من الشجرة الظاهر منها كما يتبع أساس الدار ظاهرها». وأنظر الحاوى الكبير السابق وقد سبق نصه.

(٤) أنظر النص الحاكم للموضوع فى المبحث الأول من الفصل الأول.

(٥) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٦.

الظهور وكما يتبع باطن الصبرة ظاهرها فى الرؤية وقياسا على البهيمة والجارية»[١].

ويعلل الشيرازى فيقول: «لأنا لو قلنا: أن ما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فجعل مالم يؤبر تبعا للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر» قال: «ولم يجعل ماأبر تابعا لما لم يؤبر لأن الظاهر لايتبع الباطن، ولهذا جعلنا أساس الدار تبعا لظاهرها فى تصحيح البيع ولم يجعل ظاهرها تابعا للباطن فى إفساد البيع»[٢].

ب- إن اختلف النوع

إن اختلف نوع نخل البستان بأن كان أنواعا فأبر نوع منه فهل يكون تأبيرا لجميع أنواعه؟ وجهان للشافعية.

الوجه الأول: أنه فى الحكم كالنوع الواحد لنفس العلة. وهو المذهب والصحيح وهو مايدل عليه نص الأم قياسا على بدو الصلاح فى الثمر. جاء فى الأم: «وإذا بدأ فى إبار شئ منه كان جميع ثمر الحائط المبيع للبائع كما يكون إذا ريئت فى شئ من الحائط الحمرة أو الصفرة حل بيع الثمرة، وإن كان بعضه أو أكثره لم يحمر أو يصفر»[٣]. وهو قول أبى على ابن أبى هريرة.

يقول الماوردى: «... والوجه الثانى: وهو قول أبى على بن أبى هريرة: أن تأبير النوع الواحد من النخل تأبير لجميع أنواع النخل، لما ذكرنا من خوف الاختلاف وسوء المشاركة، وأنه ربما اتفق تأبير الأنواع المختلفة، واختلف تأبير النوع الواحد»[٤].

(١) أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠٢.
(٢) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.
(٣) الأم، جـ٣، ص ٤٢، مجلد/ ٢.
(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٧ . وانظر المهذب، جـ١، ص ٢٧٩. البيان، جـ٣، ورقة ٧١.

الوجه الثانى: أن كل نوع معتبر بنفسه فتأبير أحد الأنواع لايكون تأبيرا لجميع الأنواع. وهو قول أبى على بن خيران.

وحجة هذا الوجه: أن النوع الواحد يتقارب ظهوره، أما النوعان فيختلف ظهورهما[١]، ويعبارة أخرى: أن تلاحق النوع الواحد متقارب وتلاحق الأنواع المختلفة متباعد.

يقول الماوردى: «... وهو قول أبى على بن خيران: أن كل نوع معتبر بنفسه، وأن تأبير أحد الأنواع لايكون تأبيرا لجميع الأنواع، لأن تلاحق النوع الواحد متقارب، وتلاحق الأنواع المختلفة متباعد»[٢].

ويقول العمرانى: قال أبو على بن خيران: لايتبعه لأن النوع الواحد لايتفاوت إدراكه وتأبيره بل يتقارب فيتبع بعضه بعضا، وأما النوعان فان ادراكهما يتفاوت فلم يتبع أحدهما الآخر»[٣]. فلاختلاف النوع تأثر فى اختلاف التأبير[٤].

---

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩. وفيه: «ان باع حائطا أبر بعضه دون بعض فالمذهب جعل الجميع كالمؤبر فيكون الجميع للبائع...».
وقال أبو على بن خيران إن كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر، وإن كان نوعين لم يجعل مالم يؤبر من أحد النوعين تابعا للمؤبر من نوع آخر، لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما».
وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧١: «وإن كان النخل فى الحائط أنواعا كالمعقلى والبرْنى والسكرى وغير ذلك فأبر بعض نوع منها ثم باع جميع نخل الحائط فان طلع مالم يؤبر من ذلك النوع يتبع ما أبر منه ويكون للبائع، وهل يتبعه مالم يؤبر أو مالم يتشقق من الأنواع الأخرى فيه وجهان؟ قال أبو على بن خيران لايتبعه لأن النوع الواحد لايتفاوت إدراكه وتأبيره بل يتقارب فيتبع بعضه بعضا. وأما النوعان فان إدراكهما يتفاوت فلم يتبع أحدهما الآخر. والثانى: وهو قول أبى على بن أبى هريرة: أنه يتبعه وهو الصحيح».

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٦.

(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧١.

(٤) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧. شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١. تحفة(=)

ويقرر الشاشي الخلاف فيقول: «فان كان قد أبر بعض الحائط دون البعض جعل الجميع كالمؤبر وقال أبو على بن خيران: إن كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر وإن كان نوعين لم يجعل مالم يؤبر تابعا للمؤبر، والمذهب الأول»[١].

الجواب على ابن خيران:

والجواب على ابن خيران ذكره الشيرازى فقال: «وأجيب بما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدى وذلك يوجد فى النوعين كما يوجد فى النوع الواحد»[٢]. وهو نفس جواب العمراني حيث قال بعد ذكره لقول ابن خيرا: «لأنا إنما قلنا إن الذى لايؤبر يتبع المؤبر لأنه يؤدى الي الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدى وهذا المعنى موجود فى النوعين كالنوع الواحد»[٣]. أى فلماذا وافقتنا على الحكم فى النوع الواحد، وخالفتنا عند اختلاف الأنواع.

الحائط إن أطلع بعضه فأبر المطلع ثم باعه. ثم أطلع البعض الآخر:

إن كان له حائط قد أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط، ثم أطلع الثانى ففيه وجهان.

أحدهما: أن الطلع الحادث للمشترى وبه قال أبو على بن أبى هريرة.

الثانى: أن الجميع للبائع[٤] ولم يذكر الماوردى غيره.

(=) المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٧ ، ٤٥٨، المهذب، جـ١، ص٢٧٩.

(١) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧. وانظر المصادر السابقة.

(٢) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧١.

(٤) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨.

يقول الماوردي: «ولو كان حائطا واحدا فأبرت ثمرة مقدمة ولم تؤبر ثمرة مؤخرة فان باع جميع الحائط كان كل الثمرة فى حكم المؤبر»[(١)].

هذا عن الحكم إذا كان البيع واقعا على جميع نخل الحائط. أما إن أفرد العقد على احدى الحصتين، نظر.

فان كان العقد على مقدم الحائط الذى قد أبر فثمرته للبائع.

وإن كان على مؤخر الحائط الذى لم يؤبر ففيه وجهان:

احدهما: للبائع أيضا لأن الحائط واحد، وتأبير بعضه تأبير لجميعه، فيصير المؤخر الذى لم يؤبر فى حكم المقدم الذى قد أبر.

والوجه الثاني: أنها تكون للمشترى، لأن افراد المؤخر بالعقد يجعله فى حكم الحائط المحرز فلا يكون تبعا لغيره من التأبير.

ذكر الوجهين الماوردى بدون بيان القوى والضعيف منهما[(٢)]، ومثله فعل الشاشى فى الحلية لكنه لم يذكر أدلة[(٣)]، وصنيع الشيرازى كالماوردى فى ذكر أدلة الوجهين دون بيان الأقوى منهما[(٤)]. بينما العمرانى وغيره أوضح ذلك كله. فالقول أنه للبائع ضعيف، والقول بأنه للمشترى هو الصحيح[(٥)].

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٥، ص ١٩٧.

(٢) المصدر السابق، ص ١٩٧ ، ١٩٨.

(٣) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨.

(٤) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٥) البيان، جـ٣، ورقة ٧١. وفيه: «وإن أبر بعض الحائط ثم أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان، أحدهما: وهو الضعيف أن الثمرة للبائع لأنه قد ثبت لجميع الحائط حكم التأبير كتأبير بعضه. والثاني: وهو الصحيح أن الثمرة للمشترى لأنا إنما جعلنا ذلك للبائع على سبيل التبع للمؤبر إذا بيع معه فاذا أفرد بالبيع لم يتبع غيره». (=)

وحجة الضعيف: أنه قد ثبت لجميع الحائط حكم التأبير كتأبير بعضه[١].

وكما يقول الماوردى: «لأن الحائط واحد، وتأبير بعضه تأبير لجميعه، فيصير المؤخر الذى لم يؤبر فى حكم المقدم الذى قد أبر»[٢].

وحجة الصحيح: أنه إنما جعلنا ذلك للبائع على سبيل التبع للمؤبر إذا بيع معه، فاذا أفرد بالبيع لم يتبع غيره[٣].

وكما يقول الماوردى: «لأن افراد المؤخر بالعقد يجعله فى حكم الحائط المحرز فلايكون تبعا لغيره فى التأبير»[٤].

ولفظ الشيرازى فى الدليل لهما: «فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذى لم يؤبر بالبيع ففى ثمرته وجهان. الأول: أنه للبائع لأنا جعلناه فى الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع. والثانى: أنه للمشترى لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه فيصير تابعا، فأما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله»[٥].

وعلل البعض للوجه الضعيف فقال: أنه للبائع اكتفاءً بدخول وقت التأبير عن التأبير. وعلل للأصح فقال: إنه للمشترى وهو الأصح عملا بمفهوم الحديث[٦].

(=) وأنظر تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٧ ، ٤٥٨، شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة. جـ٢، ص ٢٣١.

(١) البيان، جـ٣، ورقة، ٧١.

(٢) الحاوى الكبير. جـ٦، ص ١٩٧.

(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧١.

(٤) الحاوى الكبير. جـ٦، ص ١٩٨.

(٥) المهذب، جـ١، ص ١٧٩.

(٦) أنظر النص الحاكم للمسألة فى الفصل الأول: «من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع». فمفهومه أن غير المؤبر للمشترى. (=)

ثالثا: فى نخلات بستانين أبر أحدهما دون الآخر:

إن كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فوجهان:

الوجه الأول وهو المذهب: أنه يفرد كل بستان بحكمه، فالمؤبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى ولايتبع أحدهما الآخر.

وحجة ذلك: أن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لايؤدى الى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فاعتبر كل واحد منهما بنفسه[١]، ولو تقاربا وتلاصقا ما دام قد تميز أحدهما عن الآخر.

يقول العمرانى معللا: «وإن كان له حائطان فيهما نخل أو قطيعان من الأرض وفيهما نخيل قد أبر أحدهما دون الآخر ثم باعهما فان المؤبر ثمرته تكون للبائع والذى لم يؤبر للمشترى. قال الشيخ أبو حامد: سواء كانا متلاصقين إذا تميز أحدهما عن الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لايؤدى الى الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدى»[٢].

وقال فى التحفة معللا أيضا: «لو كانت النخلات فى بستانين المؤبرة بواحد وغيرها بآخر فالأصح إفراد كل بستان بحكمه وإن تقاربا لأن من شأن اختلاف البقاع اختلاف وقت التأبر»[٣].

(=) وأنظر روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧. شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١. تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٧ ، ٤٥٨.

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧. الحاوى الكبير، جـ٦، ص١٩٧.

(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٧١.

(٣) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٨. وانظر شرح جلال المحلى وحاشية القليوبى وحاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٣٢. هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧. وفيه للتعليل للأصح والمذهب: «لأن اختلاف البقاع له أثر بين فى وقت التأبير، وأيضا فان ماذكرناه فى البستان الواحد وهو الضرر باختلاف الأيدى وسوء المشاركة مفقود هنا».

وفى الأم: «والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقف فيستأخر إبار كل بلد بقدر حرها وبردها وماقدر الله تعالى من إبانها، فمن باع حائطا منها لم يوبر فثمره للمبتاع وإن أبر غيره لأن حكمه به لايغيره»(١).

ويقول الماوردى: «فان كان له حائطان محرزان فباعهما وقد أبرت ثمرة أحدهما ولم تؤبر ثمرة الآخر فلكل واحد من الحائطين حكم نفسه لامتيازهما وتكون الثمرة المؤبرة للبائع وثمرة الحائط الذى لم يؤبر للمشترى»(٢).

الوجه الثانى: هما كالبستان الواحد سواء تباعدا أو تلاصقا(٣).

فغير المؤبر يتبع المؤبر لأنهما اجتمعا فى صفقة واحدة فأشبها نخيل البستان الواحد ولافرق بين أن يكون البستانين متباعدين أو متقاربين كذا قال الرافعى. قال فى المطلب: لكن بشرط أن يكونا فى إقليم واحد فى مكان طبعه واحد(٤).

رابعا: شرط تبعية غير المؤبر للمؤبر:

اتضح مما سبق أن المذهب والأصح عند الشافعية أنه إن تأبر البعض دون العض كانت الثمرة كلها للبائع المؤبرة وغير المؤبرة فى النخلة الواحدة وفى نخلات البستان الواحد وإن اختلف النوع. وعندهم فى البستانين وجه بأنها للبائع أيضا.

وقد وضعوا شروطا لتبعية غير المؤبر للمؤبر. أو بمعنى آخر لكي تكون الثمرة كلها للبائع لابد من الاتحاد فى الآتى:

١- اتحاد الحمل بمعنى أن يكون ثمرة العام.

---

(١) الأم، جـ٣، ص ٤١، مجلد/ ٢.
(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٧.
(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧.
(٤) ذكره المحقق بهامش الروضة السابق.

٢- اتحد الجنس لاالنوع.

٣- اتحاد البستان.

٤- اتحاد العقد.

٥- اتحاد المالك، زاده بعضهم، وبعضهم استغنى عنه باتحاد العقد. فان تخلف واحد من هذه فلا تبعية.

يقول المحلى: «يشترط فى كون الثمرة للبائع فى الفروع السابقة، أن يتحد الحمل والجنس والبستان والعقد، وزاد بعضهم اتحاد ملك المالك ليخرج مالو باع أرضا فيها نخل فزرع المشترى نخلا أيضا ثم أفلس فرجع البائع فى ملكه ثم أطلعت وتأبر بعض نخل البائع دون نخل المشترى ثم باع الكل فلا يتبعه».

وذهب القليوبى وغيره إلى أن اتحاد العقد يغنى عن اتحاد المالك مع أن فى صحة البيع هنا نظر لأنه كبيع عبيد بثمن(١).

وفى التحفة: ولاتبعية إن اختلف العقد أو الحمل أو الجنس.

والحاصل: أن شرط التبعية اتحاد بستان وعقد وحمل، وجنس لانوع، زاد البعض ومالك وهو غير محتاج اليه إذ يلزم من اختلافه فى صورة بيع نخله أو بستانه المؤبر مع نخل أو بستان لغيره ولم يتأبر تفصيل الثمن وهو مقتضى لتعدد العقد.

هذا وقدقال الناشرى فى نكته أنه قد يتصور اتحاد العقد مع تعدد المالك، وذلك بالوكالة بناء على تصحيحهم أن المعتبر الوكيل(٢).

---

(١) شرح جلال المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣١. وانظر تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى، جـ٤، ص ٤٥٧ ، ٤٥٨.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٢، ص ٤٥٨، وانظر شرح المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣٢.

ومما يترب على اشتراط اتحاد الجنس كما يقول الشرواني: أنه لو وصلت شجرة نحو تين بغصن نحو مشمش أو عكسه[١]، فينبغي أن لكل حكمه حتى لو برز التين أي ظهر ولم يتناثر نور المشمش فالأول فقط للبائع، وهذا يفيد اشتراط التبعية باتحاد الجنس لأن هذين جنسان وإن كانا في شجرة واحدة[٢].

وعن شرط اتحاد المالك جاء بهامش الروضة: وحيث قلنا بالتبعية في نخل البستان الواحد أو في البستانين فشرطه اتحاد المالك فلو باع نخيله أو بستانه المؤبر مع نخيل أو بستان لغيره ولم يتأبر فانه لم يتبع أحدهما للآخر في ظاهر الوجهين[٣].

وفي الأسنى: يتبع غير المؤبر المؤبر إن اتحد فيهما بستان وعقد وجنس ومالك. فان اختلف شئ منها بأن اشترى في عقد نخل بستانين ولو متلاصقين أو نخلا وعنبا أو في عقدين نخلا المؤبر من ذلك في أحدهما وغيره في الآخر فلا تبعية لانقطاعها واختلاف زمن التأبير وانتفاء عسر الافراد وضرر المشاركة باختلاف ذلك بخلاف اختلاف النوع لايؤثر[٤]، هذا هو مذهب الشافعية من واقع كتبهم[٥].

---

(١) سيأتي في غير النخل من الشجر تشقق بعض الثمر دون بعض وأن الحكم فيها كالنخيل عند الجمهور إلا ما استثناه بعض الفقهاء.

(٢) حاشية الشرواني على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٦.

(٣) هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧.

(٤) أي اختلاف النوع لايؤثر على المذهب وهو الأصح. أنظر اسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠٢.

(٥) ونقله أطفيش من الاباضية باختصار شديد فقال: «وقال الشافعي: لوباع نخلة بعضها مؤبر وبعضها غير مؤبر فالجميع للبائع، وإن باع نخلتين إحداهما مؤبرة فله ان اتحد الجنان والصفقة والا فلكل حكمه». شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦. ويبدو أن أطفيش نقله عن فتح الباري إذ العبارة متحدة: «وقال الشافعية: لوباع نخلة بعضها مؤبر وبعضها غير مؤبر فالجميع للبائع، وإن باع نخلتين فكذلك بشرط اتحاد الصفقة فان أفردا فلكل (=)

ثالثا: مذهب الحنابلة:

أقـول: دراسـة هذا المذهب سـتكون مـقـارنة بالمذهب الشـافـعى لغلبـة القرب بينهما.

أولا: فى النخلة الواحدة:

نقل ابن قدامة اتفاق الأصحاب على أن ثمار النخلة الواحدة مالم يؤبر منها تابع لما أبر وإن قل فتكون كلها للبائع. وهذا يتفق مع المذهب والأصح عند الشافعية.

يقول ابن قدامة: «... كثمر النخلة الواحد إذا أبر بعضها فان الجميع للبائع بالاتفاق»(١). إلحاقا لمالم يؤبر منها بما أبر.

ويقـول البـهـوتى: «... إلا فى الشـجـرة الواحـدة إذا تشـقق(٢) بعـض طلعها فجميع ثمرها للبائع إلحاقا لما لم يتشقق منها بما تشقق»(٣).

ويقـول الزركـشى: « والخـرقى رحـمـه الله إنما حكم على النخل إذا أبر جميـعـه، أما إذا أبر بعضـه فلم يتعـرض لـه، والحكم أن النخلة الواحـدة مالم يؤبر منها يتبع ما أبر فيكون الجميع للبائع بلاخلاف نعلمه»(٤).

قـال بالهامش: «اذا أبر بعضـه ففى النخلة الواحدة لانزاع فـيـما نعلمـه إن مالم يؤبر تبع لما أبر فيكون الجميع للبائع لاطلاق العقد ...».

(=) حكمه، ويشترط كونها فى بستان واحد فان تعدد فلكل حكمه». أنظر فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠. وانظر نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨. الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٧.

(٢) سبق أنهم يعبرون عن التأبير بالتشقق.

(٣) أنظر فى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨١ ، والروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩.

(٤) شرح الزركشى، مجلد/ ٣، ص ٤٩١.

إلا أن نص الامام أحمد يعكر صفو هذا الاتفاق مما دفع بعض الشراح كالبهوتى إلى أن يتأول فيه على النحو الذى يوافق اتفاق الأصحاب. قال: ونص الأمام أحمد: «أن ماأبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى»(١).

وعموم النص وكذلك عموم مفهوم حديث ابن عمر الذى فى الصحيحين يخالف ماذكره الأصحاب من أن الكل للبائع.

ثم أجاب فقال: لامخالفة لأن قول الامام «ماأبر» صادق بما إذا أبر جميع النخلة أو بعضها، وكذلك الحديث فقوله «نخلا مؤبرا» فى الحديث صادق بتأبير جميع ثمرة كل واحدة من النخل وبتأبير بعض كل نخلة منه(٢).

إلا أن العنقرى فى حاشيته على الروض لم يعجبه هذا التأويل واستبعده قائلا: قلت: وما قاله بعيد(٣).

ثانيا: تعدد النخلات فى بستان واحد:

إما أن تكون النخلات متحددة فى النوع، وإما أن تكون مختلفة.

أ- إن اتحد النوع

إذا اتحد النوع فللحنابلة ثلاثة أوجه.

---

(١) وهذا النص اعتمد عليه النقلة لمذهب الامام أحمد. فمثلا الحافظ فى فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠. يقول: «ونص أحمد على أن الذى يؤبر للبائع والذى لايؤبر للمشترى». ونقله أيضا الشوكانى بنفس اللفظ فى نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨ ، وأيضا أطفيش من الاباضية وكأنه نقله عن الفتح: «وقال أحمد: المؤبر له، وغيره للمشترى» شرح النيل، جـ٨ ، ص ١٠٦ ، والنص الحاكم للموضوع بعموم منطوقه ومفهومه يؤيد قول الإمام أحمد.

(٢) الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩. كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨١.

(٣) العنقرى على الروض السابق.

الوجه الأول: ما تأبر للبائع ومالم يتأبر للمشترى. هذا هو المذهب الموافق لنص الامام أحمد.

يقول المرداوى: «ما أبر بعضه فان ماأبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى، هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقدمه فى المغنى والشرح وابن منجا وقال: هذا المذهب. قال فى الحاوى الكبير وغيره: المنقول عن أحمد فى النخل أن ماأبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى»(١).

ويذكر البهوتى ظاهر المذهب فيقول: «أنه إن تشقق طلع بعض نخل بيع فما تشقق للبائع ومالم يتشقق من طلع فهو للمشترى سواء كان من نوع ماتشقق أو غيره»(٢).

ويقول ابن قدامة: «إذا كان النوع واحد ففيه قولان(٣): الأول: ان أبر بعضه دون بعض فما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى نص عليه أحمد واختاره أبو بكر للخبر الذى عليه مبنى المسألة ...»(٤).

وحجة هذا الوجه الخبر الحاكم للمسألة: «من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع». فمفهومه أن غير المؤبر للمشترى، ومنطوقه أن المؤبر للبائع(٥).

الوجه الثانى: وبه قال ابن حامد: الثمرة كلها للبائع وهو أيضا رواية فى الانتصار واختاره غير ابن حامد، وشهر الزركشى التفرقة بين النوع

---

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٦٣.
(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨١ . الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩.
(٣) وذكرها المرداوى ثلاثة فى الانصاف، جـ٥، ص ٦٣.
(٤) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ . وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٩.
(٥) راجع النص الحاكم للمسألة فى الفصل الأول.

والنوعين[١]، وقال ابن قدامة فى هذا الوجه «وهو مذهب الشافعى»[٢].

أقول: نعم هذا النقل صحيح وهو كما تقدم عند الشافعية.

وحجة هذا الوجه هى نفس حجة الشيرازى الشافعى التى سبق ذكرها فى مذهبه، وهى كما ذكرها ابن قدامة: «أنه إذا لم نجعل الكل للبائع أدى الى الاضرار باشتراك الأيدى فيجب أن يجعل مالم يؤبر تبعا لما أبر كثمرة النخلة الواحدة إذا أبر بعضها فان الجميع للبائع بالاتفاق، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه»[٣].

ولم يذكر الزركشى غير الوجهين. قال عقيب ذكره حكم النخلة الواحدة: «وكذلك الحكم فى النوع عند ابن حامد حذارا من سوء المشاركة واختلاف الأيدى. والمنصوص أن لكل حكم نفسه لظاهر الحديث».

قال بالهامش معلقا بعد ذكره لحكم النخلة الواحدة: «... وطرد ذلك ابن حامد وابن عقيل فى الفصول فى النوع أيضا، حذارا من سوء المشاركة واختلاف الأيدى، والمنصوص أن لكل حكم نفسه، وهو اختيار أبى بكر وابن شاقلا نظرا لظاهر الحديث. وعلق على -حكم نفسه- أى فلا يتبع المؤبر مالم يؤبر»[٤].

الوجه الثالث: وهو مذكور فى الواضح: أنه للمشترى ذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبى بكر[٥].

وهذا الاختلاف كما ذكرت سلفا فى النوع الواحد، لأن الظاهر أنه

---

(١) المغنى والشرح الكبير، جـ٢، ص ٢٠٨ . الانصاف، جـ٥، ص ٦٣ ، ٦٤.
(٢) المغنى، جـ٥، ص ٢٠٨، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٧.
(٣) المصادر السابقة.
(٤) شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩١.
(٥) الانصاف، جـ٥، ص ٦٣.

يتقارب ويتلاحق فيختلط[١].

ب- إن اختلف النوع

إن اختلف النوع فان للحنابلة ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم تبعية أحدهما للآخر: «فان أبر نوع لم يتبعه النوع الآخر». هذا هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقدمه فى المغنى والشرح وابن منجا وقال: هذا المذهب، قال فى الحاوى الكبير وغيره: المنقول عن أحمد فى النخل: «أن ماأبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى»[٢].

فالمذهب لايفرق فى الحكم بين ماإذا اتحد النوع أو اختلف. وهذا يتفق مع قول أبى على بن خيران من الشافعية، ويخالف المذهب والصحيح عند الشافعية كما سلف ذكره فى مذهبهم.

القول الثانى: أن غير المؤبر يتبع المؤبر فيكون كله للبائع. وهذا يتفق مع الصحيح والمذهب عند الشافعية.

القول الثالث: وهو لأبى الخطاب حيث لم يفرق بين النوع والجنس وهو وجه. وقدمه فى التبصرة. قال ابن قدامة: وهو ظاهر مذهب الشافعى[٣]، لأنه يفضى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى كما فى النوع الواحد.

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٧.

(٢) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ . وانظر الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ ، ٢٨١ . الانصاف، جـ٥، ص٦٣.

(٣) هذا ليس بصحيح فقد سبق أن الشافعية يشترطون لتبعية غير المؤبر للمؤبر شروطا منها اتحاد الجنس. وانما الصحيح أنهم لايعتبرون اختلاف النوع فالحكم واحد اتحد النوع أو اختلف فى الصحيح والمذهب فيتبع غير المؤبر للمؤبر ويكون الكل للبائع. ولعل مافى المغنى والشرح عن أبى الخطاب فيه تصحيف. وصوابه: «لم يفرق بين النوع والنوعين». فقد ذكر ابن قدامة بعد ذلك قولهما: «وما ذكره أبو الخطاب يبطل بالجنسين ولايصح القياس على النوع الواحد».

والصحيح فى المذهب التفرقة بين الجنس والنوع. يقول المرداوى: «والصحيح من المذهب: الفرق بين الجنس والنوع».

كما أن أشهر القولين التفرقة بين النوع والنوعين عند الزركشى. يقول المرداوى: «وقال بعض الأصحاب: الأشبه الفرق بين النوع والنوعين فما أبر من نوع لايتبعه النوع الآخر. قال الزركشى: هذا أشهر القولين».

واستدل ابن قدامة للتفرقة بين النوع والنوعين بأن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ولايخشى اختلاطهما واشتباههما فأشبه الجنسين.

وماذكره أبو الخطاب يبطل بالجنسين ولايصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه[1].

ثالثا: افراد مالم يؤبر بالبيع:

لو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع مالم يؤبر فللحنابلة وجهان:

الأول: وهو الصحيح وقدمه فى الرعاية الكبرى والمغنى والشرح، وشرح ابن رزين[2]: أن للمبيع حكم نفسه ولايتبع غيره.

وحجته: أن المبيع لم يؤبر منه شئ فوجب أن يكون للمشترى بمفهوم الخبر[3].

---

(١) لاحظ الهامش السابق، وانظر المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٨ . الانصاف، جـ٥، ص٦٤.
وعبارة الزركشى تفريعا على قول ابن حامد فى النوع الواحد السابق ذكره: «فعلى الأول هل الجنس كالنوع فيتبع النوع الذى لم يؤبر النوع الذى أبر جميعه وبعضه ويكون الجميع للبائع إذا بيع جميع الجنس، أم لكل حكمه؟ فيه قولان، أشهرهما الثانى». شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩١.

(٢) الإنصاف، جـ٥، ص ٦٤.

(٣) أنظره فى النص الحاكم للمسألة فى الفصل الأول: «من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع». فمفهومه أن مالم يؤبر للمشترى.

كما لو كان مفردا فى بستان وحده. ولأنه لايفضى الى سوء المشاركة ولااختلاف الأيدى، ولاإلى ضرر فيبقى على حكم الأصل[١].

وهذا الوجه يتفق مع الأصح عند الشافعية عملا بمفهوم الحديث وغيره من الأدلة[٢].

الوجه الثانى: وهو وجه مخرج للقاضى: أنه يتبع غير المبيع فيكون للبائع.

وحجته: أنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير. قال ابن قدامة: «وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى»[٣].

أقول: نعم وهو الوجه الضعيف عند الشافعية[٤].

رابعا: فى بستانين أبر أحدهما دون الآخر:

يرى الحنابلة أنه لو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر. لأنه يفضى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى، ولانفراد كل واحد منهما عن صاحبه[٥].

أقول: وهذا يتفق مع المذهب والأصح عند الشافعية[٦].

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨.

(٢) راجع مذهب الشافعية سالف الذكر.

(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٦٤ . المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص٢٠٨.

(٤) راجع مذهب الشافعية سالف الذكر: «الحائط إن أطلع بعضه ...».

(٥) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨ . شرح الزركشى، مجلد/ ٣، ص ٤٩١.

(٦) سبق عندهم أن المذهب أنه يفرد كل بستان بحكمه فالمؤبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى ولايتبع أحدهما الآخر. وعللوا ذلك بأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لايؤيدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فاعتبر كل واحد منهما بنفسه. وقيل: هما كالبستان (=)

رابعا: مذهب الظاهرية :

يرى ابن حـزم الظاهرى أن مـا أبر للبـائع، وأمـا قـبل الابار فـالطلع للمشترى[١].

أقول: وهذا يتفق مع النص الوارد عن الامام أحمد[٢].

خامسا: مذهب الاباضية :

إن الناظر فى شرح النيل يرى أن الشيخ محمد بن يوسف أطفيش[٣]، نقل قول الشافعى، والامام أحمد، والمالكية ثم يقول: «واستدل بالحديث على أن المؤبر يخالف فى الحكم غيره ... وقد يقال: إن كان أحدهما أكثر فالحكم له كما قالت المالكية»[٤]. وهذا النص فى نظرنا يعنى أن للاباضية قولان:

القـول الأول: أن المؤبر للبـائع وغـيره للمشـتـرى. وهذا يتـفق مع نص الامام أحمد، ومع الظاهرية، عملا بمنطوق الحديث ومفهومه.

القـول الثـانى: كـقـول المالكيـة، وإن كـان مـاذكـره عنهم ليـس هو قـول المالكية تفصيلا.

(=) الواحد سـواء تباعدا أو تلاصقا لاجتـماعهـما فى صفـقة واحدة. راجع فى ذلك مذهب الشافعية السابق.

(١) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٦، مسألة، ١٤٥٢.

(٢) راجع مذهب الحنابلة سالف الذكر.

(٣) وهو من إباضيـة المغرب الذين يسكنون وادى ميزاب بدولة الجزائر وكان مخالطا لشيوخ المالكيـة ومتـأثرا بهم وكثيرا ماينقل مذهبهم وقد يشير لذلك صراحة، وقد لايصرح بل يقول: وقال قومنا، أو وعند قومنا. وقد لاحظت ذلك كثيرا عندما قرأت شرح النيل أثناء تواجدى بمعهد القضاء الشرعى بسلطنة عمـان لمدة خمس سنوات لتدريس مادة الفقه المقارن. ويطلقون عليه «القطب» وإباضيـة عـمان من الاباضيـة المشارقة ومن كـتبـهم المصنف للكندى النزوى، وكتاب الجامع لابن بركة.

(٤) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.

ثم إن أطفيش ذكر نصا آخر يفيد أخذه بمذهب المالكية حيث يقول: «وإذا أبر بعض دون بعض فالمؤبر للبائع وغيره للمشترى، أما إن كان تأبير البعض يجزئ عن الباقى فهو للبائع»[١].

فهذه العبارة الأخيرة تفيد ماذكرنا حيث أن تأبير البعض لايجزئ عن الباقى إلا إذا كان أكثر عند من يقول بذلك عملا بقاعدة: «الحكم للأغلب أو للأكثر».

خلاصة مقارنة بين المذاهب فيما لو أبر البعض دون البعض فى النخيل:

أولا: أن ما أبر للبائع، ومالم يؤبر للمشترى:

وبه قال ابن حزم الظاهرى وهو قول للاباضية على النحو الذى قررناه فى مذهبهم، وهو المذهب عند الحنابلة، والنص الوارد عن الامام أحمد، وصوبه الشوكانى حيث قال فى معرض ذكره للمذاهب: «ونص أحمد على أن الذى يؤبر للبائع، والذى لايؤبر للمشترى»[٢]. وهذا يتفق وعموم منطوق ومفهوم النص الحاكم لموضوع البحث أو كما يقول ابن قدامه: «للخبر الذى عليه مبنى المسألة» وقد تقدم ذلك عند الحنابلة.

وكون المؤبر للبائع وغيره للمشترى هو قول المالكية فيما لو أبر النصف أو مايقرب منه وكان ذلك فى نخلات بعينها لاشائعا.

وكون المؤبر للبائع وغيره للمشترى هو أيضا وجه عند الشافعية قال به أبو على بن خيران فى نخلات البستان الواحد واختلف النوع لأن لاختلاف النوع تأثيرا فى اختلاف وقت التأبير.

---

(١) المصدر السابق، ص ١٠٧.

(٢) نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨.

وأجاب عليه الجمهور بأنه يؤدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى.

وهو أيضا قول الماوردى فى ثمار النخلة الواحدة وتبعه ابن الرفعة.

وهو أيضا المذهب والأصح عند الشافعية فى نخلات بستانين لأنه حينئذ لايؤدى إلى سوء المشاركة واختلاف الايدى فاعتبر كل واحد منهما بنفسه فما أبر منهما للبائع، ومالم يؤبر منهما للمشترى فانفردا كل واحد منهما بثمرة حائط لايؤدى إلى ضرر مما ذكر.

وهو أيضا قول الحنابلة فى ظاهر المذهب فى نخلات البستان الواحد اتحد النوع أو اختلف. وهذا هو الموافق لنص الامام أحمد.

وهو قولهم أيضا فى بستانين أبر أحدهما ولم يؤبر الآخر لنفس حجة الشافعية.

ثانيا: القليل يتبع الكثير فالحكم للأغلب:

والقليل ماقل عن النصف ولم يقاربه، والكثير مابلغ النصف أو قاربه. فان كان الكثير مؤبرا تبعه القليل غير المؤبر، ويكون جميعه للبائع وان كان الكثير غير مؤبر تبعه القليل المؤبر ويكون جميعه للمشتري. وبه قال المالكية، وقول للاباضية كما قررناه فى مذهبهم.

ثالثا: إن كان ماأبر شائعا فى كل نخلة:

وكذلك مالم يؤبر شائعا فللمالكية فيه خمسة أقوال سبق ذكرها.

رابعا: الثمرة كلها تكون للبائع المؤبرة، وغير المؤبرة:

فغير المؤبر يتبع المؤبر وإن قل المؤبر. وبه قال الحنابلة باتفاق، والشافعية فى المذهب والأصح، فى ثمار النخلة الواحدة، لأن فى إفراد كل بحكم عسرا أو ضرر مشاركة، ولما فى تتبع ذلك من العسر، ولأنه من ثمرة

العام.

وهو أيضا قول الشافعية فى ثمار نخلات البستان الواحد ان اتحد النوع، والأصح عندهم إن اختلف النوع. لأنا لوقلنا: أن ما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الايدى فجعل مالم يؤبر تبعا للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر لأن الظاهر لايتبع الباطن. ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا لظاهرها فى تصحيح البيع ولم يجعل ظاهرها تابعا للباطن فى إفساد البيع.

وهو أيضا وجه عند الشافعية فى بستانين أبر أحدهما ولم يؤبر الآخر. ووجه ضعيف عندهم فيما لو أفرد غير المؤبر من الحائط بالبيع، وقال به القاضى من الحنابلة فيما لو أفرد غير المؤبر من الحائط بالبيع، فيتبع غير المبيع فيكون للبائع. لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير.

وكون الثمرة كلها للبائع المؤبرة، وغير المؤبرة تبعا هو أيضا قول ابن حامد وغيره من الحنابلة، ورواية فى الانتصار، فى النوع الواحد من النخلات وهو قول للمالكية إذا كان المؤبر شائعا فى كله نخلة، وكذلك غير المؤبر شائعا.

وللشافعية شروط فى تبعية غير المؤبر للمؤبر ذكرناها فى مذهبهم.

خامسا: الثمر كله المؤبر وغيره يكون للمشترى:

إن كان ماأبر شائعا فى كل نخلة وكذلك مالم يؤبر شائعا فى قول عند المالكية.

وهو أيضا مذهب المالكية إن كان غير المؤبر أكثر من المؤبر أى النصف أو ماقاربه فان المؤبر يتبعه. وهو قول للاباضية.

وكون الثمر كله للمشترى هو الأصح عند الشافعية إن أفرد غيرالمؤبر

بالبيع فى نخلات بستان واحد أبر بعضه ولم يؤبر البعض وهو الصحيح للحنابلة فيه أيضا، ووجه للشافعية فى البستانين عملا بمفهوم الحديث، ولأن المبيع لم يؤبر منه شئ فوجب أن يكون للمشترى بمفهوم الخبر. وهو قول أبى على بن أبى هريرة من الشافعية فى الطلع الحادث بنخل حائط قد أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط، ثم أطلع الثانى.

وأيضا هو وجه عند الحنابلة مذكور فى الواضح اذا كان النوع واحدا، ذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبى بكر.

هذه هى خلاصة المذاهب فيما لو أبر البعض دون البعض ، ومن أراد التفصيل فليراجع المذاهب التى سبق ذكرها.

الرأى المختار:

أقول: والمختار عندنا هو ماذهب اليه الشافعية فى المذهب والأصح فى كل موطن ذكرناه، لقوة حجته، ولأن قولهم فى هذه المسألة قد روعى فيه المنقول والمعقول. ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية فى التفصيل والأحكام، والخلاف قد يوجد فى أى الأوجه هو الصحيح.

س اذكر موقف الفقهاء وأدلتهم مع المناقشة والترجيح من حكم الطلع الحادث في إناث النخل بعد البيع ؟

 ١٢٥:

المبحث الثالث

حكم الطلع الحادث بعد البيع وحكم طلع الفحال[١]

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الطلع الحادث فى إناث النخل بعد البيع.

المطلب الثاني: حكم طلع الفحال (ذكور النخل).

المطلب الأول

حكم الطلع الحادث فى إناث النخل بعد البيع

إذا جرى على جميع الحائط حكم التأبير وجعل الثمرة للبائع خارجة من البيع فأطلعت النخلة بعد ذلك طلعا مستحدثا نظر فيه: فإن كان من طلع العام المستقبل كان للمشتري، وإن كان من طلع العام الماضى تأخر ثم أطلع بعد تأبير ماتقدم[٢]، فان للفقهاء فيه قولان.

القول الأول: أنه للمشترى. وبه قال أبو على بن أبى هريرة من الشافعية وقال عنه الماوردى: هو الأصح. وهو قول الحنابلة. والصحيح عند أطفيش من الاباضية.

القول الثانى: أنه للبائع. وبه قال الجمهور كما فى فتح البارى، وشرح النيل. وهو قول أبى حامد الاسفراييني من الشافعية قال عنه النووى

(١) سبق بيان معني الطلع والفحال، بهامش حقيقة التأبير فى الفصل الأول.

(٢) الحاوى الكبير للماوردى، جـ٦، ص ١٩٧. وكالحائط النخلة الواحدة كما هو عبارة البعض كالنووى فى الروضة، وابن قدامة فى المغنى والشرح، وأطفيش فى شرح النيل، والمتولى فى التتمة.

فى الروضة: هو الأصح. وضعفه الماوردى ووصفه بالوهاء. وهو أيضا قول للاباضية.

وإليك النصوص الدالة على صحة ماذكرنا:

قال الحافظ عند شرحه للحديث[١]، ذاكر الخلاف فى هذه المسألة: «واختلفوا فيما لو باع نخلة وبقيت ثمرتها للبائع ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة. فقال ابن أبى هريرة: هو للمشترى ... وقال الجمهور: هو للبائع...»[٢].

ويقول أطفيش: «وإن بيعت نخلة مؤبرة، فما أطلعت بعد فهو للمشترى على الصحيح عندى ... وزعم الجمهور أنه للبائع ...»[٣].

وعند الشافعية: يقول العمرانى: «وإن كان له حائط فأطلع بعضه وأبر المطلع أو بعضه ثم باع جميع الحائط وأطلع الباقى بعد البيع ففيه وجهان. أحدهما: أن المطلع بعد البيع للبائع أيضا ... والثانى: أنه للمشترى ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره»[٤].

ويقول الشاشي: «فان كان له حائط قد أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط ثم أطلع الثانى، ففيه وجهان: أحدهما، وهو قول أبى على بن أبى هريرة: أن الطلع الحادث للمشترى ، والثانى: أن الجميع للبائع»[٥].

هكذا ذكر العمرانى والشاشى دون الافصاح عن أصح الوجهين

---

(١) «من باع نخلا مؤبرا»، وقد مضى ذكره.
(٢) فتح البارى، جـ٢، ص ٤٧٠ ، ٤٧١.
(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.
(٤) البيان، جـ٣، ورقة ٧١.
(٥) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ ، ٥٤٧.

ومثلهما الشيرازى حيث قال: «إذا كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط ثم أطلع الباقى ففيه وجهان، الأول: قال أبو على بن أبى هريرة: ما أطلع فى ملك المشترى لايتبع المؤبر بل يكون للمشترى. والثانى: أنه يتبع المؤبر فيكون للبائع»(١).

والذى أفصح عن الأصح هما النووى والماوردى وان اختلفا فيه، وعلل الماوردى لتصحيح ما اختار.

قال النووى فى الروضة: «إن باع نخلة وبقيت الثمرة له(٢)، ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من أخرى يقتضى الحال اشتراكهما فوجهان. الأصح أن الطلع الجديد للبائع أيضا. الوجه الثانى: أنه للمشترى»(٣).

ويقول الماوردى بعد ذكره لمحل الخلاف: «... ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبى على بن أبى هريرة: يكون للمشترى لحدوثه على ملكه. والثانى: وهو قول أبى حامد الاسفرايينى: أنه يكون للبائع لأنه لما كان مالم يؤبر تبعا لما قد أبر خوفا من سوء المشاركة، وجب أن يكون مالم يطلع تبعا لماقد أطلع خوفا أيضا من سوء المشاركة. والوجه الأول أصح. والفرق بين ماذكره: أن مالم يؤبر يصح عليه العقد ويلزم فيه الشرط فجاز أن يصير تبعا لما قد أبر فى العقد، ومالم يطلع لايصح عليه العقد، ولايلزم فيه الشرط، فلم يصر تبعا لما قد استثناه العقد. ولو كان ماذكره تعليلا صحيحا لجاز بيع مالم يخلق من الثمار تبعا لما قد خلق، كما يجوز بيع مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه، وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله»(٤).

---

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٢) أى للبائع بأن كانت مؤبرة.

(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . وانظر أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١، ١٠٢.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٧.

أقول: وهذا من الماوردى فقه حسن. ولم يذكر المتولى فى التتمة غير أنه للبائع[١].

وعند الحنابلة: يقول ابن قدامة: «فان بيعت النخلة المؤبرة كلها أو بعضها ثم حدث طلع فهو للمشترى»[٢].

الأدلـــــــة:

دليل القول الأول: استدل من قال بأن الطلع الحادث للمشترى بأنه ليس للبائع إلا ماوجد دون مالم يوجد[٣] ولأن هذا الطلع حدث فى ملك المشترى فلا يصير للبائع[٤]، وقياس كون التوأم الثانى للمشترى يقتضى أن يكون هذا الطلع له[٥].

ويقول ابن قدامة: «... فهو للمشترى لأنه حدث فى ملكه أشبه مالو حدث بعد أخذ الثمرة[٦]، ولأن ماأطلع بعد تأبير غيره لايكاد يشتبه لتباعد مابينهما»[٧].

ويقول المتولى: لو أطلعت النخلة المؤبرة بعد البيع فان الطلع للبائع. ووجهه أن النخل لاتحمل إلا حملا واحدا فاذا بقيت الثمرة للبائع بسبب

---

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧ مخطوط.

(٢) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨ . وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٤ . والانصاف، جـ٥، ص ٧٢ ، ٧٣.

(٣) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧١.

(٤) البيان، جـ٣، ورقة ٧١ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٧.

(٥) أى لمشترى البهيمة الحامل فولدت الثانى بعد البيع. حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢.

(٦) أى بعد أخذ البائع الثمرة المؤبرة لأنها له.

(٧) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨.

التأبير بقى الجميع له»[١].

المناقشة:

نوقش بصحة بيع القطن بعد تشقق الجوز[٢]، ودخول القطن في البيع.

وأجيب بأن هذا الاعتراض لايصح للفارق بينهما، والفرق أن الشجرة مقصودة الثمار سائر الأعوام، ولامقصود في القطن سوى الثمرة الموجودة[٣].

دليل القول الثاني: استدل من قال بأن هذا الطلع للبائع تبعا للمؤبر، بأنه من ثمرة العام فجعل تابعا للمؤبر كالطلع الظاهر في حال العقد فيكون للبائع[٤]، ولأنه من ثمرة المؤبرة دون غيرها[٥].

واستدل له أبو حامد الاسفراييني بقوله: أنه لما كان مالم يؤبر تبعا لما قد أبر خوفا من سوء المشاركة، وجب أن يكون مالم يطلع تبعا لما قد أطلع خوفا أيضا من سوء المشاركة[٦].

المناقشة:

ناقش الماوردي دليل أبي حامد بقوله: والفرق بين ماذكره أن مالم يؤبر يصح عليه العقد ويلزم فيه الشرط فجاز أن يصير تبعا لما قد أبر في العقد،

---

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧. مخطوط.

(٢) يطلق عليه في العامية المصرية «اللوز» فيقولون. تفتح لوز القطن.

(٣) الرملي في حاشيته على الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢.

(٤) البيان، جـ٣، ورقة ٧١ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢.

(٥) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦ . فتح الباري، جـ٤، ص ٤٧١.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي، جـ٦، ص ١٩٧.

ومالم يطلع لايصح عليه العقد ولايلزم فيه الشرط، فلم يصر تبعا لما قد استثناه العقد.

ثم قال: ولو كان ماذكره تعليلا صحيحا لجاز بيع مالم يخلق من الثمار تبعا لما قد خلق، كما يجوز بيع مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه.

قال: وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله[١].

الراجـــــح:

والذى أراه راجحا هو قول من قال: أنه للمشتري لقوة دليله من وجهة النظر ولفساد تعليلات من قال: أنه للبائع، ولايكفى فى اعتباره للبائع كونه من ثمرة العام عند من يرى ذلك. ولعل من أبلغ مايوجه إلى هذا القول، أن البائع لو استثناه لفظا لم يصح لأنه لم يكن موجودا حال العقد[٢].

المطلب الثاني

حكم طلع الفُحَّال

الفُحَّال. ذكور النخل[٣]. وقد ذهب أكثر الفقهاء القائلون بأن مناط الحكم هو التأبير على أن تشقق طلع الفحال هو إبار له. أما بعد ظهوره وقبل تشققه فعلى قولين: القول الأول: أنه لايكون مؤبرا كطلع الاناث وعليه الجمهور[٤].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢.

(٣) سبق الكلام عنه فى اللغة تفصيلا فى الفصل الأول، بهامش حقيقة الابار.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٥، ص ١٩٨ . حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ . البيان، جـ٣، ورقة ٧٠ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥ . أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢ . شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٣١ . الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ . المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.

القـول الثـاني: أنه بظهـوره يصـيـر في حكم المؤبر. وبه قـال بعض الشافعية لأنه يوجد في الغالب طلعا »[١].

ومن الشافعية من قال: لايصير مؤبرا بالتشقق والظهور[٢].

إذا اتضح هذا فان ذكور النخل إما أن تباع منفردة عن الاناث، وإما أن يكون معها الاناث، ولكل حكمه في التبعية نذكره في فرعين:

الفـرع الأول: حكم طلع الذكور إذا بيعت منفردة.

الفرع الثاني: حكم طلع الذكور إذا بيعت مع الاناث.

الفرع الأول

حكم طلع الذكور إذا بيعت منفردة

إذا بيعت ذكور النخيل منفردة، فاما أن يكون طلعها لم يتشقق منه شئ، وإماأن يكون قد تشقق كله أو بعضه. وسنعرضه في غصنين.

س- اذا بيعت ذكور النخل منفردة فما حكم طلعها؟ ناقش هذه العبارة في ضوء أقوال الفقهاء وأدلتهم } يشمل الغصنين

(١) يقول الماوردي: «إن طلع الفحول إذا تشقق كان مؤبرا. وقبل تشققه على وجهين. أحدهما: لايكون مؤبرا كطلع الاناث. والثان: يصير في حكم المؤبر لأنه يوجد في الغالب طلعا» ، الحاوي، جـ٦، ص ١٩٨ . ويذكر الماوردي الفرق بين طلع الفحال وطلع الاناث وسبب الوجهين في المذهب فيقول: «والفرق بينه وبين طلع الاناث: أن طلع الاناث لايؤخذ إلا بعد إباره وتناهيه بسرا ورطبا. وطلع الفحول يؤخذ قبل إباره ويكون حال تناهيه طلعا». ثم يقول: «وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق، أو قياس تقريب؟ فقال بعضهم: قياس تحقيق. فعلى هذا لايصير طلع الفحول مؤبرا بالتشقق والظهور. وقال آخرون: بل قياس تقريب اعتبارا بالعرف، فعلى هذا يصير طلع الفحول مؤبرا اعتبارا بالعرف» ، الحاوي الكبير، جـ٦، ص١٩٥.

(٢) أنظر النص السابق للماوري.

الغصن الأول
إن لم يتشقق منه شئ

للفقهاء فى حكم طلع الفحال إن لم يكن قد تشقق منه شئ وقت البيع قولان.

القول الأول: أنه يتبع فى البيع فيكون للمشترى وهو المنصوص للشافعى كما فى البيان[١].

وقال القفال: هو أصح الوجهين[٢]، وقال الشيرازى: هو الصحيح[٣]، وهو ظاهرمذهب الحنابلة[٤].

وظاهر كلام الخرقى منهم: «وظاهر كلام الخرقى لافرق بين طلع الفحال وطلع الاناث فى ذلك وهو كذلك»[٥].

القول الثانى: أنه لايتبع فى البيع فيكون للبائع. وبه قال الشافعية فى الوجه الثانى[٦].

---

(١) يقول العمرانى: «وإن باع فُحَّال النخل وعليه طلع ... وإن كان الطلع لم يتشقق فرجهان. من أصحابنا من قال: الطلع للبائع. والثانى وهو المنصوص للشافعى رحمه الله أنه للمشترى ...». البيان، جـ٣، ورقة ٧٠. وانظر الأم، جـ٣، ص ٤١، مجلد/ ٢.

(٢) يقول القفال الشاشى: «وإن باع فُحَّالاً وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان: أصحهما: أنه يدخل فى البيع كطلع الاناث. والثانى: أنه بمنزلة المؤبر». حلية العلماء، جـ٢، ص٥٤٧.

(٣) يقول الشيرازى: «وفى بيع الفحال وعليه طلع لم يتشقق وجهان. أحدهما: أنه لايدخل فى بيع الأصل ... والثانى: أنه يدخل فى بيع الأصل وهو الصحيح». المهذب، جـ١، ص٢٧٩ . وانظر. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥ . أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢ . شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٣١.

(٤) جاء عندهم: «طلع الفُحَّال يراد للتلقيح كطلع الاناث على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب فما تشقق منه للبائع ومالم يتشقق للمشترى». الانصاف، جـ٥، ص ٦٠. وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩ . الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ . المغنى، جـ٢، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩.

(٥) شرح الزركشي، مجلد/٣، ص ٤٨٩.

(٦) أنظر نصوصهم ومراجعهم بهامش القول الأول.

قال عنه الماوردي: هو الأصح[١]. وهو احتمال عند الحنابلة ذكره ابن عقيل وأبو الخطاب[٢]، وهو قول الاباضية[٣]، واختيار الحافظ في الفتح[٤].

الأدلـــــة:

دليل القول الأول: استدل من قال بأن طلع الفحال يتبعه في البيع إن لم يتشقق فيكون للمشتري، بأنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل بالاطلاق[٥]، كطلع الأناث[٦].

(١) يقول الماوردي: «فأما طلع الفحول قبل تأبيره ففيه وجهان. أحدهما: كونه تابعا للعقد داخلا في البيع كطلع الاناث. والوجه الثاني وهو أصح: ألا يكون تابعا، ولايدخل في البيع». الحاوي الكبير، جـ٦، ص ١٩٤.
أقول: ولقد رأيت في الأم مايوهم تبعية طلع الفحول لطلع الاناث عند اجتماعهما في حائط واحد وبيعت الفحول. والذي أراه أن هذا المذكور في الأم محمول على بيعهما معا. والذي دعاني إلى هذا الحمل هو ماذكرته هنا عن الأصحاب لأنهم أقدر مني وأفهم. ونص الأم: «ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر إناث النخل فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع فحلا قبل أن تؤبر إناث النخل فالثمرة للمشتري» الأم، جـ٣، ص ٤١، مجلد/ ٢ . ويكون الكلام: «من باع أصل فحل نخل أو فحول مع الاناث بعد أن تؤبر إناث النخل ... الخ».

(٢) يقول المرداوي: «وذكر ابن عقيل وأبو الخطاب احتمالا: أنه للبائع بكل حال». أنظر الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ . وأنظر. المغني، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص٢٠٨ ، ٢٠٩.
وفي شرح الزركشي: «... وفيه احتمال أنه يكون للبائع قبل ظهوره لأنه يؤكل حينئذ». شرح الزركشي، مجلد/٣، ص ٤٨٩.

(٣) يقول أطفيش: «وأما النخل الذكر فان بيعت فغلتها للبائع مطلقا». شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.

(٤) في الفتح يقول الحافظ عند شرحه للنص الحاكم للموضوع: «وفي الحديث جواز التأبير، وأن الحكم المذكور مختص باناث النخل دون ذكوره، وأما ذكوره فللبائع نظرا إلى المعنى». فتح الباري، جـ٤، ص ٤٧٠ . والحافظ يقصد الحكم المذكور في حديث: «من باع نخلا مؤبرا ...» فمنطوقه أن ما أبر للبائع، ومفهومه أن مالم يؤبر للمشتري كما تقدم في موضعه.

(٥) أي عند الاطلاق في البيع حيث لاشرط ولااستثناء من البائع.

(٦) البيان، جـ٣، ورقة ٧٠ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . الحاوي الكبير، جـ٦، ص ١٩٤.

دليل القول الثاني: استدل من قال بأن طلع الفحال وإن لم يتشقق لايتبعه فى البيع فيكون للبائع. بأنه قد يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لاتخلق إلا ظاهرة كالتين، ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره[١].

يقول العمرانى فى هذا الدليل: «لأن جميع طلع الفحال مقصود لأنه مأكول فهو بمنزلة طلع الاناث إذا أبر»[٢].

ويقول الشيرازى: «فلايدخل فى بيع الأصل لأن جميع الطلع مقصود مأكول وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتين»[٣].

ويقول المحلى: «ولأنه لاثمرة له حتى يعتبر ظهورها بخلاف طلع الاناث»[٤].

ويقول الزركشي الحنبلى: «... وفيه احتمال أن يكون للبائع قبل ظهوره لأنه يؤكل حينئذ»[٥].

فذكور النخل طلعها للبائع نظرا إلى المعنى، والحكم فى الحديث مختص باناث النخل.

يقول الحافظ: «وفى الحديث جواز التأبير وأن الحكم المذكور مختص باناث النخل دون ذكوره، وأما ذكوره فللبائع نظرا الى المعنى»[٦].

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩.
(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٧٠.
(٣) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.
(٤) شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٣١.
(٥) شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٨٩.
(٦) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠ . أى أنه يصير فى حكم المؤبر لأنه يوجد فى الغالب طلعا. الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٨.

المناقشة:

اعترض على دليل القول الثانى بأنه: «غير صحيح لأن المقصود من طلع الفحال مافى جوفه يلقح به الاناث ويؤكل أيضا وهو باطن لم يظهر فلم فيتبع الأصل كطلع الاناث»[١]. أى أن أكله ليس هو المقصود الأول منه، وإنما يراد أصلا للتلقيح به، وذلك يكون بعد ظهوره فأشبه طلع الاناث[٢].

ويقول الشيرازى: «لايصح لأن المقصود مافيه وهو الكش[٣]، الذى تلقح به الاناث وهو غير ظاهر فدخل فى بيع الأصل كطلع الاناث»[٤].

الراجـــح:

والراجح من وجهة النظر هو القول الأول فطلع الفحال إن لم يتشقق يدخل فى البيع تبعا لأصله فيكون للمشترى لقوة دليله ولعدم سلامة حجة القول الثانى عن المعارض.

الغصن الثانى

إن تشقق كله أو بعضه

إن تشقق طلع الفُحَّال كله أو بعضه فللفقهاء قولان:

القول الأول: أنه للبائع كله وإن قل المتشقق. فلا يتبع أصله فى البيع فيكون للبائع وهو احتمال للحنابلة ذكره ابن عقيل وأبو الخطاب، وبه قال الاباضية، وهو اختيار الحافظ فى الفتح. فهؤلاء جميعا يقولون: أنه للبائع مطلقا تشقق أم لم يتشقق[٥]. وبه قال الشافعية.

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٠.

(٢) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير. جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩.

(٣) الكش: هو مايتنفض من طلع الذكر مثل الزريرة. وأصل الكشيش صوت الحية من جلدها لامن فيها، وكش الفحل إذا بدأ فى الهدير. النظر المستعذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٤) المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٥) راجع نصوصهم فى القول الثانى من الغصن الأول. بالهامش.

يقول العمرانى: «وإن باع فحال النخل وعليه طلع فان كان قد تشقق طلعه كان ذلك للبائع كطلع الاناث إذا تشقق بنفسه»[١].

وفى التحفة: «فان لم يشترط شئ فان لم يتأبر منها شئ فهى للمشترى وإن كان طلع ذكر، وإن تأبر بعضها وإن قل فللبائع»[٢].

القول الثانى: ماتشقق منه للبائع، ومالم يتشقق للمشترى. وبه قال الحنابلة فى صحيح المذهب: «طلع الفحال يراد للتلقيح كطلع الاناث على الصحيح من المذهب وعليه الاصحاب فما تشقق منه للبائع ومالم يتشقق للمشترى»[٣].

الأدلـــــــة:

دليل القول الأول: استدل بعضهم بنفس الأدلة السابق ذكرها فى أدلة. القول الثانى فى الغصن السابق[٤]، وقد اعترض عليها هناك بما لايجعلها صالحة للاستدلال. واستدل الشافعية بظاهر التأبير الوارد فى الحديث[٥]، وهو لم يفرق بين أنثى وذكر[٦]، واستدلوا أيضا بنحو ماسبق من أدلتهم فى إناث النخل.

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٠ . وفى الروضة، جـ٣، ص ٢٠٥ . يقول النووى: «إن باع الذكور من النخل بعد تشقق طلعها فالطلع للبائع». وانظر أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢ . ونقله صاحب شرح النيل من الاباضية فى، جـ٨، ص ١٠٦ . فقال: «وقال بعض الشافعية: للبائع إن أبرت». ونقله الحافظ فى الفتح، جـ٤، ص ٤٧٠ . «ومن الشافعية من أخذ بظاهر التأبير فلم يفرق بين أنثى وذكر». فذكراه بصيغة التبعيض.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٥.

(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ . وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩ . الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ . المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩.

(٤) أى الغصن الأول.

(٥) وهو النص الحاكم للموضوع وقد تقدم فى الفصل الأول: «من باع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

(٦) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠.

دليل القول الثانى: استدل الحنابلة لصحيح مذهبهم من أن ماتشقق منه للبائع ومالم يتشقق للمشترى. بأنها ثمرة نخل إذا تركت ظهرت فهى كالاناث، ولأنه يدخل فى عموم الخبر[١]، أى فى عموم منطوق ومفهوم النص الحاكم للمسألة: «من باع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع إلا إن اشترطها المبتاع»[٢]. فمفهومه أن غير المؤبر وهو غير المتشقق هنا للمشترى فيتبع أصله فى البيع إلا ان اشترطه البائع[٣].

الراجـــح:

والراجح من وجهة النظر فى طلع ذكور النخل هو ماذهب اليه الحنابلة فى صحيح مذهبهم من أن ماتشقق للبائع ومالم يتشقق للمشترى لوجاهة استدلالهم، ولأن عسر التمييز غير متحقق هنا فى الغالب.

الفرع الثانى

حكم طلع الذكور إذا بيعت مع الاناث

يرى الحنابلة فى صحيح مذهبهم: أن ماتشقق للبائع، ومالم يتشقق للمشترى. قالوا: إن باع نخلا فيه فحال وإناث لم يتشقق منه شئ فالكل للمشترى إلا على الوجه الآخر الذى ذكره ابن عقيل وأبو الخطاب من أن طلع الفحال يكون للبائع.

وإن كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر فما تشقق فهو للبائع

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩. كشاف القناع، جـ٣، ص٢٧٩.

(٢) راجع ذلك فى الفصل الأول.

(٣) أى قياسا على المشترى فى الاشتراط كما هو عند الجمهور . وقد تقدم الخلاف فى ذلك فى الفصل الأول.

ومالم يتشقق للمشترى[١]، إلا عند من سوى بين الأنواع كلها.

وإن تشقق طلع بعض الاناث أو بعض الفحال فالذى قد ظهر للبائع ومالم يظهر فعلى ماذكر من الخلاف فيه[٢].

أما الشافعية فيرون أنه إذا جمع فى صفقة ذكور النخل وإناثها فان له حكم الجمع بين النوعين من الاناث. قاله النووي فى الروضة[٣].

ويفصل الماوردى القول في المسألة فيقول: فاذا تبايع نخلا فيها فحول وإناث فان أبر طلع الاناث كان طلع الفحول تبعا له سواء تشقق أو لم يتشقق.

ولو أبر طلع الفحول إما بالتشقق أو بظهور الطلع فى أحد الوجهين[٤]، ولم يؤبر شئ من طلع الاناث، فهل يصير طلع الاناث تبعا له فى التأبير حتى يحكم بجميعه للبائع؟ على وجهين.

أحدهما: يصير طلع الاناث تبعا لطلع الفحول فى التأبير، كما صار طلع الفحول تبعا لطلع الاناث فى التأبير.

والوجه الثانى وهو أصح: أن طلع الاناث لايتبع طلع الفحول وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث.

---

(١) فالحنابلة فى هذا لم يفرقوا بين البيع منفردا أو مع الاناث، راجع ماسبق عنهم فى الغصن الأول والثانى من الفرع الأول.

(٢) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٩ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . وراجع مذهبهم فى تأبير البعض دون البعض فى المبحث الثانى من الفصل الثانى.

(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . وقد تقدم أن المذهب والصحيح تبعية غير المؤبر للمؤبر فى اناث النخل إن اختلف النوع. لاحظ ماسبق فى تأبير البعض دون البعض.

(٤) حيث أن طلع الفحول إذا تشقق كان مؤبرا . أما بعد ظهوره وقبل تشققه فعلى وجهين. أحدهما: لايكون مؤبرا كطلع الاناث. والثانى: يصير فى حكم المؤبر لأنه يوجد فى الغالب طلعا. الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٨.

والفرق بينهما: أن مقصود الثمار هو طلع الاناث لأنه يصير بسراً ورطباً وتمرا، وطلع الفحول تبعا له لأنه مراد لتلقيحه وليس يقصد فى نفسه، فلذلك صار طلع الفحول تبعا لطلع الاناث فى التأبير ولم يصر طلع الاناث تبعا له[١].

ونص الشافعى يدل لتبعية الفحول للاناث. قال رحمه الله: «وإن كان فى الحائط فحول نخل بعد أن يؤبر الاناث فثمرتها للبائع»[٢].

فهذا النص يدل على تبعية ثمرة الفحول الاناث المؤبرة وفى الأم: «ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر إناث النخل فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع. ومن باع فحلا قبل أن تؤبر إناث النخل فالثمرة للمشترى»[٣].

فهذا النص يدل على تبعية ثمرة الفحول لثمرة الاناث فى الحالين أى مؤبرة أو غير مؤبرة. وقد حملنا هذا النص للأم على ما إذا بيعت الفحول مع الاناث[٤].

ونص العمرانى فى المسألة: «فاذا باع حائطا فيه إناث وفحول قد أطلع جميعه فان لم يتشقق شئ من الطلع فان ثمرة الاناث للمشترى. وأما طلع الفحول فعلى وجهين المنصوص عن الشافعى رحمه الله أنهما للمشترى. والثانى أنها للبائع وقد مضى ذكرهما[٥]. فان تشقق طلع الاناث أو أبر كان

(١) الحاوى الكبير السابق، ص ١٩٩ . فاذا أخذ الفحال جاز بيعه فى قشره لأن استبقاءه فى القشر من صلاحه كالرمان، وكان أبو إسحاق المروزى يمنع من بيعه فى قشره حتى يصير بارزا وليس هذا يصح لما ذكرنا. الحاوى السابق.

(٢) البيان للعمرانى، ج٣، ورقة ٧١.

(٣) الأم، ج٣، ص ٤١، مجلد/٢.

(٤) راجع وجه هذا الحمل بهامش القول الثانى من الغصن الأول.

(٥) نعم. وقد ذكرنا ذلك فى الغصن الأول والثانى من الفرع الأول.

الجميع للبائع لأن على قول الشافعى رحمه الله الفحول كالاناث. وعلى قول ذلك القائل الآخر إذا أفرده بالبيع كان للبائع»[١].

ثم أن العمرانى يذكر الحكم فيما لو تشقق شئ من طلع الفحول دون الاناث مرتبا الحكم على ماسبق هنا فيقول: «وكذلك هاهنا إن تشقق شئ من طلع الفحول دون الاناث فعلى قول الشافعى رحمه الله يكون ثمرة الفحول للبائع وثمرة الاناث للمشترى لأن ثمرة الفحول للبائع بالظهور فلا تأثير للتشقق[٢]، فلا يتبع أحدهما الآخر»[٣].

فالعمرانى يرى فى كلام الشافعى دليلا على عدم تبعية ثمرة الاناث غير المؤبرة لطلع الفحال المؤبر، ومن ثم فالثانى للبائع، والأول للمشترى.

وهذا يتفق مع ماسبق عن الماوردى أن الأصح فى هذه الحالة أن طلع الاناث لايتبع طلع الفحول، وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث[٤].

والله أعلم بالصواب،

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧١.
(٢) فهو ممن يرى أن إبار طلع الفحال بظهوره لابتشققه.
(٣) المصدر السابق.
(٤) لاحظ تفصيل الماوردى السابق.

الفصل الثالث

الفصل الثالث

موقف الفقهاء من تبعية ثمر غير النخيل لشجرته في البيع

x جـ٤ ص ١٩٧

تمهيد:

ما سبق كان عن حكم ثمار النخل إذا بيعت النخلة مثمرة. وقد سبق في معنى التأبير أن الفقهاء المعتبرون له في ثمار النخل يرون بدوّ ثمرة غير النخل أي بروزها وظهورها وانعقادها في معنى التأبير، وعبارات الفقهاء وإن اختلف لفظها في هذا الموطن إلا أنها في نظرنا تعني معنى واحدا هو ظهور الثمرة منعقدة. فالمالكية: منهم من يعبر بالانعقاد، ومنهم من يعبر بالبروز، ومنهم من يعبر بالظهور. والحنابلة والشافعية يعبرون بالظهور أو الخروج ويقولون: أن الظهور تارة بتشقق كالنخل وتارة بتفتح كالورد والياسمين، وتارة بالخروج من الشجر كالتين والعنب وورق التوت، وتارة بتناثر الزهر كالمشمش، والتفاح، والكمثرى.

قال ابن أبي شريف الشافعي فيما نقله العنقرى الحنبلي عنه: «وظهور الثمر بالتأبير في النخل، وبتناثر النور وبعده الانعقاد في المشمش، ونحوه»[١].

وفي التنبيه للشافعية: فان كان للغراس حمل فان كان ثمرة تتشقق كالنخل أو نورا يتفتح كالورد والياسمين ... قال ابن النقيب: أي ظهر الطلع من كوزه، والورد من كمامه، والياسمين من الشجر ... قال الشرواني: فعلم أن الظهور تارة بتشقق، وتارة بتفتح، وتارة بالخروج من الشجر، وتارة بتناثر النور[٢]. أما عن حكم الثمرة إذا بيع أصلها فنقول.

(١) حاشية العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨.

(٢) حاشية الشرواني على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٨ . وانظر حاشية القيلوبي على شرح جلال المحلي، جـ٢، ص ٢٣١ . والعبادي على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٨.

أولا: مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن ماذكر فى النخل من أحكام يثبت لسائر الشجر المثمر. وقد تقدم عندهم أن الثمار لاتدخل فى البيع إلا بشرط من المشترى، فهى للبائع عند الاطلاق فى البيع. ولا اعتبار عندهم بظهور الثمرة وبروزها أو عدم ذلك. وقاسوا ذلك على النخل[(١)].

وإليك بعض النصوص الدالة على ماذكرناه:

يقول الزيلعى: «ورق التوت، والآس، والزعفران، والورد بمنزلة الثمار فى كل ماذكرنا من الأحكام واشجارها بمنزلة النخيل»[(٢)].

وفى الهداية وشروحها: «من باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع ...»[(٣)].

ويقول ابن الهمام: «ولايدخل الثمر الذى على رؤس الأشجار إلا بالشرط، وماكان من الأوراق، وأوراق التوت لأنه بمنزلة الثمر ... ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين، ونحوهما من المشمومات فالكل للبائع[(٤)].

وفى مجمع الأنهر: «ولايدخل الثمر فى بيع الشجر إلا باشتراطه. أى

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ . وانظر الاختيار، جـ٢، ص ٥ ، ٦ . تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . مجمع الانهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦ . ونقله العمرانى فى البيان، جـ٣، ورقة٦٩ . والشاشى فى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ . وأطفيش فى شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ . وابن رشد فى بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٥ . والنووى فى شرح مسلم، جـ١٠، ص ١٩١ . وابن حجر فى الفتح، جـ٤، ص ٤٧٠ . والشوكانى فى نيل الأوطار، جـ٦، ص ٢٥٨ . وابن قدامة فى المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦ . والصنعانى فى سبل السلام، جـ٣، ص ٤٩.

(٢) تبيين الحقائق السابق.

(٣) الهداية، وشرح العناية وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ ، ٤٨٦.

(٤) شرح فتح القدير السابق، ونقله ابن عابدين فى حاشيته عن الفتح. حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

يقول المشترى: اشتريت مع ثمره فتدخل وإلا فلا مطلقا »[١].

هكذا نرى الحنفية يعطون ثمرة غير النخل حكم ثمرة النخل فى التبعية وعدمها، فهى لاتتبع فى البيع بل تكون للبائع عند الاطلاق فى البيع، إنعقدت الثمرة وظهرت أم لا، ولاتكون للمشترى إلا بالذكر فى العقد أى إلا باشتراطها.

ثانيا: مذهب الظاهرية:

يرى ابن حزم الظاهرى أن ثمرة غير النخل إن لم تنعقد فهى للمشترى، أما بعد الانعقاد والظهور فهى للبائع ولابد، ولايصح اشتراطها.

يقول ابن حزم بعد ذكره لحكم النخل: «وأما سائر الثمار فان باع الأصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها، فالثمرة ضرورة ولابد للبائع، لايحل بيعها إلا مع الأصول، ولادونها، ولااشتراطها أصلا »[٢].

ثالثا: مذهب الاباضية:

يرى الاباضية أن ثمرة غير النخل من الشجر إذا بيعت الشجرة مثمرة حكمها حكم ثمر النخل نسقا بنسق اتفاقا واختلافا فى سائر المواطن[٣].

رابعا: مذهب المالكية:

يرى المالكية أن حكم سائر الشجر حكم النخل فى جميع أحواله. فان انعقد الثمر كله كان للبائع إلا إن اشترطه المشترى، وإن لم ينعقد كله كان

---

(١) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦ . وراجع قولهم وأدلتهم فى النخل فى الفصل الثانى.

(٢) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، مسألة، ١٤٥٢.

(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٥ وما بعدها . وراجع أقوالهم وأدلتهم فى النخل فى الفصل الثانى. أقول: قدمت فى الذكر مذهب الظاهرية والاباضية لعدم كثرة الكلام فيهما بخلاف المالكية والشافعية والحنابلة فعندهم تفصيل قد يطول.

للمشترى إلا إن اشترطه البائع على قول اللخمى. والعرف كالشرط. وإن انعقد النصف أو ماقاربه فالمنعقد للبائع، والنصف الآخر أو ماقاربه للمشترى. وإن انعقد الكثير تبعه القليل غير المنعقد ويكون الكل للبائع، والعكس صحيح.

يقول ابن رشد بعد أن ذكر حكم النخل: «والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل»[(١)].

ويقول ابن جزى: «فمن باع الاشجار والبساتين وفيها ثمر فان كان مأبورا فهو للبائع سواء شرطه أو سكت عنه، ويكون للمشترى إن شرطه، وإن كان لم يؤبر فهو للمشترى اشترطه أو لم يشترطه، ولايجوز أن يكون للبائع[(٢)] »[(٣)].

وفى شرح أبى الحسن: «وكذلك غير النخل فى الاشجار ذى الثمار كالعنب والزيتون فيه التفصيل المذكور».

قال العدوى: «فالمؤبر كله أو جله للبائع إلا أن يشترطه المشترى وغيره للمشترى»[(٤)].

ويقول الأزهرى: «ولايتناول العقد على الشجر الثمر المؤبر كله أو أكثره إلا بشرط من المبتاع تناول المؤبر كثمر غير النخيل المنعقد أى البارز عن موضعه فلا يتناوله العقد على أصله إلا لشرط من المبتاع»[(٥)].

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢٨٤ ، ٢٨٥.

(٢) هذا على المشهور فى اشتراط البائع، ومقابلة جواز الاشتراط للبائع وهو قول اللخمى.

(٣) القوانين الفقهية، ص ٢٢٥.

(٤) كفاية الطالب وعليه حاشية العدوى، جـ٢، ص ١٦٣.

(٥) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ . وانظر الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١ وما بعدها . والخرشى، جـ٥، ص ١٨١ وما بعدها.

ويقول الدردير: «ولما كان التأبير خاصا بالنخل شبه غيره به بقوله كالمنعقد من ثمر غير النخل من تين وجوز ولوز وخوخ وغير ذلك فانه لايدخل فى البيع لأصله إذا كان منعقدا كله أو أكثره إلا لشرط، وانعقاد الثمرة بروزها وتميزها عن أصلها»[١].

قال الدسوقى: «ومثل الكثير وغير المؤبر فى تبعية الأقل المؤبر له، الأكثر فى تبعية المنعقد الأقل له فى تناول العقد على الشجر له، فاذا اشترى شجرا وفيه ثمر منعقد وغير منعقد وكان غير المنعقد أكثر فان المنعقد القليل يكون تبعا لغير المنعقد الكثير فى تناول العقد على الشجر له فيكون الثمر كله للمشترى ومحل عدم تناول العقد على الشجر للثمر المؤبر كله أو أكثره مالم يشترط المشترى دخوله فان شرط دخوله كان العقد متناولا له»[٢].

ويقول الخرشى: «وان أبر النصف أو أنعقد النصف أو ماقاربه فما أبر أو انعقد فللبائع إلا لشرط، ومقابله للمبتاع» أى والنصف الذى لم يؤبر للمبتاع إلا إذا شرطه البائع لنفسه، وإلا كان له، وهذا مبنى على جواز اشتراط البائع غير المؤبر أو غير المنعقد، وأن المستثنى مبقى وهو قول اللخمى، والمشهور امتناع اشتراط البائع غير المؤبر أو غير المنعقد، وان ماقاله اللخمى ضعيف، وان صدر به فى الشامل[٣].

ويرى المالكية أن الحكم السابق فى النص أو ما قاربه إنما يكون فيما

(١) الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٢ . وانظر شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨١ . والشرح الصغير وعليه بلغة السالك، جـ٤، ص ٣٠٣ ، ٣٠٥.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٢ . وانظر الخرشى والعدوى، جـ٥، ص ١٨١ ، ١٨٣.

(٣) الخرشى وحاشية العدوى السابق . حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧٣ . الشرح الصغير وعليه بلغة السالك، جـ٤، ص ٣٠٥.

لوكان النصف المنعقد فى شجرات بعينها، وغير المنعقد فى شجرات بعينها أيضا، فان كان المنعقد شائعا فى كل شجرة، وغير المنعقد كذلك أيضا، فان فيه الخمسة أقوال التى سبق ذكرها فى النخيل إذا أبر البعض دون البعض[١].

خامسا: مذهب الشافعية والحنابلة:

أقول: هذان المذهبان أقرب المذاهب لبعضهما فى هذه المسألة اتفاقا واختلافا ومنهجا. يقول ابنا قدامة بعد عرضهما للمسألة: «ومذهب الشافعى فى هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا، أو قريبا منه، وبينهما اختلاف على حسب ماذكرنا من الخلاف أو قريبا منه»[٢]. وسنذكر تفصيل كل مذهب.

تفصيل الشافعية:

يرى الشافعية أن حكم ثمرة غير النخل كحكم ثمرة النخل فى كل حال، إلا أن بعضهم قد استثنى الورد والياسمين ونحوهما من المشمومات، فقال: لايتبع مالم يظهر منه الظاهر وإن كان اتحاد فى العقد والبستان، والحمل، والمالك، والجنس.

وحجته: أن ماظهر منه يجنى حالا فلا يخاف اختلاطه[٣]، وكذلك القثاء والبطيخ لايتبع بعضه بعضا لأنها بطون بخلاف ثمرة النخل ونحوه فانها تعد حملا واحدا[٤]، وأيضا التين والعنب عند بعض[٥].

وللشافعية منهج فى غير النخيل حيث أنهم يقسّمون شجر غير

---

(١) مصادر المالكية السابقة.
(٢) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١١.
(٣) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٨ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢.
(٤) الأسنى السابق.
(٥) تحفة المحتاج والشروانى، جـ٤، ص ٤٥٨.

النخيل إلى أقسام[١].

القسم الأول: القطـــــــن[٢] :

وبعض الشافعية يذكره باسم الكُرْسف[٣]، وهو عندهم نوعـان منه ماهو شجر، ومنه ماهو زرع.

يقول الماوردى: « أما الكرسف فهو القطن بلغة الحجاز وهو بالبصرة ومصر وأطراف اليمن والحجاز شجر يلقط عاما بعد عام، ويكون فى سائر البلاد زرعا يحصد فى كل عام. فتكلم الشافعى رحمه الله على حكمه فى بلاده »[٤].

حكم النوع الأول:

وهذا النوع هو القطن الذى تبقى أصوله السنتين وأكثر[٥]، كقطن البصرة ومصر[٦]، وأطراف اليمن والحجاز، ففى هذه البلاد يكون شجرا كما فى نص الماوردى السابق. وفى الروضة أنه قطن الحجاز والشام والبصرة وفى البيان أنه قطن الحجاز وتهامة والعراق. وهذا النوع كما يقول النووى: له

---

(١) أنظر هذا التقسيم فى روضة الطالبين، جـ٣. ص ٢٠٥ وما بعدها . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٨ وما بعدها. المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ وما بعدها. حلية العلماء، جـ٢، ص٥٤٨ . البيان، جـ٣، ورقة ٧٢.

(٢) المقصود هنا بيان حكم ثمره إذا بيع أصله، أما إذا بيعت أرضه فسيأتى فى الباب الثانى فى مدى تبعية الشجر والزرع للأرض فى البيع.

(٣) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين: القطن. المصباح المنير، جـ٢، ص ٥٣٠ . مختار الصحاح، ص ٢٩١.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩.

(٥) حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢ . البيان، جـ٣، ورقة٧١.

(٦) أقول: الذى رأيناه ونراه فى مصر أنه زرع يحصد فى كل عام فكيف قال الماوردى ذلك.

ساق يبقى سنين يثمر كل سنة[١].

وحكم هذا النوع حكم النخل فاذا بيع أصله فان كان قد خرج جوزه ولم يتشقق فهو للمشترى. وإذا تشقق فهو للبائع.

يقول الماوردى: «فاذا كان القطن فى بلاده يكون شجرا كان منزلًا فى أحواله تنزيل النخل لأنه فى كمام ينشق عنه. فاذا بيع شجر القطن مع الأرض أو مفردا عن الارض وكان حمله ساقطا أو وردا أو جوزا منعقدا فهو للمشترى تبع لأصله كثمر النخل إذا كان طلعا لم يؤبر. وإن كان جوزه قد تشقق وقطنه قد ظهر فهو للبائع لايتبع أصله كثمر النخل إذا أبر»[٢].

وفى البيان: «قال الشافعى رحمه الله: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل إذا خرج جوزه ولم يتشقق فهو للمشترى وإذا تشقق فهو للبائع. وهذا كما قال»[٣].

ثم يفصل صاحب البيان فيقول: «وهو نوعان. أحدهما مايبقى السنتين والثلاث وذلك قطن الحجاز وهو مراد الشافعى رحمه الله وكذلك قطن تهامة والعراق، وحكم هذا النوع حكم النخل ... فان بيع القطن دون الأرض صح ... فان كان قبل ظهور جوزه أو بعد ظهور جوزه وقبل تشققه فهو للمشترى كثمرة النخل قبل التشقق والتأبير، وإن كان البيع بعد ظهور

---

(١) أقول: هذا النوع رأيته فى الطرقات والسكك بسلطنة عمان بمسقط يتخذونه أشجارا للزينة. وعندما يحل أوان نضجه يتشقق جوزه ويخرج منه القطن الأبيض.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩.

(٣) ولفظ الأم: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل إذا خرج من جوزه ولم يتشقق فهو للمشترى، واذا أنشق جوزه فهو للبائع كما يكون الطلع قبل الابار وبعده» الام، جـ٣، ص ٤٢، مجلد/٢ . أقول: فالشافعى لم يتكلم إلا عن حكم هذا النوع فقط لأنه الذى كان موجودا فى بلاده. وهذا معنى قول الماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩ . «فتكلم الشافعى رحمه الله على حكمه فى بلاده» . وهو الذى قال عنه صاحب البيان هنا «وهو مراد الشافعى رحمه الله».

جـوزه وتشـقـقـه أو تشـقق بعـضـه فـهـو للبـائع كـثـمـرة النخل إذا أبرت أو تشققت»(١).

حكم النوع الثانى:

وهو «مالايبقى أكثر من سنة» هذه هى عبارة الروضة. وعبارة المهذب «مالايحمل إلا سنة» وعبارة البيـان «مالايبقى إلا سنة» والعبارات متحدة فى المعنى. وهذا النوع كقطن العراق وخراسان(٢). وحكم هذا النوع أنه إن باع الأصل وقد تشقق بعض الجوز كان الأصل كله للمشترى مع ماتشقق من الجـوز، ومـالم يتـشـقق للبـائع(٣)، وإنما دخل هنا مـاتشـقق فى البـيـع فكان

(١) البيـان للعـمرانى، جـ٣، ورقة ٧١ ، ٧٢ . وانظر أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢ . وذكر الشيـرازى نحوه فى المهذب، جـ١، ص ٢٧٩: فقال: «قال الشـافعى رحمه الله: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل. وأراد به كرسف الحجاز فـانه يحـمل فى كل سنة وتخرج ثمرته فى كمام وتتشقق عنه كالنخل، فان باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع، وإن لم يتشـقق فهو للمشـترى، وإن تشقق بعضـه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل» . وفى الأم، جـ٣، ص ٤٦، مجلد/ ٢ . «الكرسف إذا باعه وقد تشقق جوز كرسفه عنه فالثمرة للبائع كما تشقق الطلعة فيكون للبائع ذلك حين يلقح. فـان باعـه قـبل أن يتـشـقق من جوز كرسفـه شئ فالثمرة للمشترى. وماكان من الشجر هكذا يتشقق ثمره ليصلح مثل النخل، وماكان بحـاله فـاذا خرجت الثـمرة فـخروجه كتـشـقق الطلع وجوز الكرسف، فـهـو للبـائع إلا أن يشترط المشـترى». وفى قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١. «وأما القطن الذى تبقى أصوله سنين مثـلا فـشجـره كالنخل، وجوزه كالطلع، وتشـقـقـه كالتـأبير» . وفى الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢. «وتشـقق جوز عُطْب -بضم العين مع اسكان الطاء وضمها- أى قطن يبقى أصله سنتين أى سنين فأكثر كتأبير النخل».

(٢) وأعتقد أن قطن مصر المحروسة من هذا النوع كما هو مشاهد. وقد سبق فى النوع الأول. أن العمرانى فى البيان عدّ قطن العراق من النوع الأول.

(٣) حـاشيـة الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢ . وقـيـد بالتـشـقق لأنه لايجوز بيعـه فى الأصح إلا بعد التشقق ولو فى بعض جوزه. والشـيخ أبو حامد على بطلان العقد مطلقا. أنظر البيـان للعـمرانى، جـ٣، ص ٧٢ . والشـافـعيـة فى هذا النوع يجعلونه كالزرع ولهم تفصيل وخلاف حتى فى تصحيح عقد بيعه، وهو إما أن يباع مع الأرض، وإما أن يباع منفردا عنها، وإما أن يباع جوزه فقط. وأمامنا النصوص كثيـرة نستـخلص منها الآتى غير ماذكرنا اتماما للفائدة.

أ- أن هذا النوع من القطن كالزرع فان بيعت الأرض وفيها القطن لم يدخل فى البيع من غير شرط. (=)

للمشترى بخلاف الثمرة المؤبرة فانها لاتدخل وتكون للبائع، لأن الشجر مقصود الثمار جميع الأعوام ولامقصود هنا سوى الثمرة الموجودة.

يقول الشيخ زكريا: «أو بيع بعد تكامله نظرت فان تشقق جوزه صح

(=)ب- إن بيع القطن دون الأرض نظرت فان كان حشيشا لم ينعقد جوزه، أو انعقد وهو حشيش لم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع. هذا هو مفاد كلام العمراني. ومفاد عبارة النووي والشيرازي: أنه كالزرع إن باعه قبل خروج الجوزق أو بعده وقبل تكامل القطن وجب شرط القطع، ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق فهو للمشترى لحدوثه فى ملكه. وإن لم يتشقق الجوز لم يصح البيع على الأصح لأن المقصود مستور بما ليس فى صلاحه بخلاف الجوز واللوز فى القشر الأسفل.

ومفاد عبارة الشيخ زكريا: أنه إن بيع قبل تكامل قطنه لم يجز الا بشرط القطع كالزرع سواء أخرج الجوز أم لا، ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوز فهو للمشترى لحدوثه فى ملكه كما صرح به فى الأصل.

وإن بيع بعد تكامله نظرت فاما أن يكون تشقق، واما أن لايكون كذلك فان كان قد تشقق جوزه صح العقد لهظور المقصود. وقضية كلام ابن الرفعة تصحيحه وهو القياس. وهو قول القاضى شيخ البغوى ووافقه المتولى.

وإن لم يكن قد تشقق جوزه بطل العقد لاستتار قطنه بما ليس من صلاحه بخلاف نحو الجوز.

وقال الرملى: اذا باع الجوز فقط وكان قد تشقق بعضه صح البيع فيه بقسطه من الثمرة وبطل فى غيره.

أنظر. البيان للعمرانى، جـ٣، ص ٧٢. المهذب، جـ١، ص ٢٧٩، ٢٨٠. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٧. أسنى المطالب وحاشية الرملى عليه، جـ٢، ص ١٠٢، وانظر حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١. والعبادى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٨. حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨.

جـ- إن بيع مع الأرض صح بيعه من غير شرط القطع وإن كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه.

د- وخالف الشيخ أبو حامد فى ذلك كله فقال: ولايصح بيعه أصلا لامنفردا ولامع الأرض. وعلل ذلك بقوله:

لأن المقصود منه القطن وهو مغيب مجهول. قال: وكذلك لايجوز بيعه وإن تشقق جوزه كالطعام فى سنبله. قال: ولايجوز بيع جوزه فى الأرض لأن مقصوده لايرى ولأنه مستور بما لامصلحة له فيه فلم يصح بيعه فيه كالتمر فى الجراب. أنظر البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة٧٢.

العقد لظهور المقصود. قال فى الأصل نقلا عن البغوى: ودخل القطن فى البيع بخلاف الثمرة المؤبرة لاتدخل لأن الشجرة مقصودة الثمار جميع الأعوام ولامقصود هنا سوى الثمرة الموجودة»[١]. هذا هو الوجه الأول.

وجزم القاضى شيخ البغوى بعدم دخول ذلك وبأنه للبائع كالثمرة المؤبرة وبه جزم المتولى. قال الأذرعى بعد نقله ذلك وقضية كلام ابن الرفعة تصحيحه وهو القياس[٢].

القسم الثانى: ماعدا النخل والقطن من الشجر:

إن باع شجرا غير النخل والكُرْسُف (القطن) . فان هذا الغير بحسب المقصود منه ثلاثة.

١- اما أن يقصد منه الورد.

٢- وإما أن يقصد منه الورق.

٣- وإما أن يقصد منه الثمرة[٣].

اولا: مايقصد منه الورد:

الشجر الذى يقصد منه الورد نوعان كما فى البيان، والحاوى الكبير وغيرهما[٤]، ولم يذكر الشاشى تقسيما لثمرة الورد وإنما ذكر الحكم والخلاف

---

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢ . ويقول الرملى على الأسنى السابق بعد ذكره لثمرة النخل: «ويخالف مالو باع القطن بعد تشقق الجوز حيث يصح مطلقا ويدخل القطن فى البيع. والفرق أن الشجرة مقصودة الثمار سائر الأعوام ولامقصود فى القطن سوى الثمرة الموجودة» وفى التهذيب كما فى الروضة، جـ٣، ص ٢٠٧ . «وإن باعه بعد تكامل القطن فان تشقق الجوزق صح البيع مطلقا ودخل القطن فى البيع بخلاف الثمرة المؤبرة لاتدخل لأن الشجرة مقصودة الثمار جميع الأعوام ولامقصود هنا سوى الثمرة الموجودة».

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ ٢، ص ١٠٢.

(٣) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٠.

(٤) وأكثر فقهاء الشافعية على هذا التقسيم تجده فى الروضة، والمهذب، وحاشية قليوبى، وحاشيتى الشروانى والعبادى على التحفة.

في نوع واحد، والعمراني والماوردي لم يذكرا الخلاف. إذا اتضح ذلك فان الحكم في الورد إذا بيعت شجرته كالآتي[١]:

أ- إن كان الورد مما يبدو مُسْتَجِناً إما بعقدة ينفتح عنها أو ينكشف عنه كالورد المطلق كما هي عبارة الماوردي[٢]، فهذا حكمه حكم النخيل في أصح الوجهين. فان كان في كمامه[٣]، لم يبرز فهو تبع لأصله في البيع كالطلع الذي لم يؤبر. وإن كان خارجا من الكمام أي بارزا عما تحته لم يتبع

---

(١) يقول الشاشي في حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨. «وإن باع شجرا غير النخل والكرسف فان كان مما يقصد ورده وكان يخرج في كمام فهو كثمرة النخل إذا لم يتفتح جنبذه. وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق: أنه للبائع وإن لم يتفتح عنه الجنبذ، وذكر أنه ظاهر كلام الشافعي رحمه الله. قال الشيخ أبو نصر: والأول أقيس». وفي الحاوي الكبير، جـ٦، ص٢٠١. «وأما ماكان المقصود منه الورد فيتنوع نوعين. نوع منه: يبدو بارزا كالياسمين، فهذا إذا وجد الورق فيه لم يتبع أصله. ونوع منه: يبدو مستجنا إما بعقدة ينفتح عنها أو ينكشف عنه كالورد المطلق، فان كان من كمامه لم يبرز فهو تبع لأصله، وإن برز عما تحته لم يتبع أصله وكان للبائع، وإن بدا بارزا منعقدا كالتين فهذا وجوده في شجره كالتأبير لايتبع أصله ويكون للبائع» ويلحق بالورد بصل النرجس والزعفران ونحوهما. قال الماوردي: «فان لم يكن شجرا مثل بصل النرجس والزعفران إلا أنه يبقى سنين في موضعه فيكون كشجر الورد على ماذكرناه». ويقول العمراني في البيان، جـ٣، ورقة ٧٢ . «وأما غير النخل والكرسف من الأشجار فعلى ثلاثة أضرب. أحدها: مايقصد منها الورد وهو على قسمين. أحدهما: مايخرج ورده من الاكمام ثم يتفتح بعد ذلك وتظهر كالورد» . ثم يذكر حكمه فيقول: «وإن بيع شجر الورد مفردا صح البيع وينظر فيه فان كان الورد في كمامه لم يتشقق شئ منه فهو للمشتري كطلع النخل اذا لم يتشقق، وإن تشقق وظهر الورد فهو للبائع إلا أن يشترط المبتاع كطلع النخل إذا تشقق» ثم يذكر النوع الثاني وحكمه فيقول: «والقسم الثاني من الورد: مايخرج بارزا بلاكمام كالياسمين فاذا بيع الشجرة فان كان قد ظهر ورده فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع وإن لم يظهر فهو للمشتري». وعبارة قليوبي في جـ٢، ص ٢٣١ . «ماثمرته مشمومة إما له كمام كالورد فيعتبر تفتحه، أو لاكمام له كالياسمين فيعتبر خروجه، وهما كالتين في أن ماظهر للبائع ومالا فللمشتري». وانظر الشرواني والعبادي على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٨. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٢) لاحظ نص الحاوي السابق. وعبارة الروضة: كالورد الأحمر.

(٣) تقدم معنى الكمام جمع كم بكسر الكاف . وهو وعاء الطلع وغطاء الزهر وغلافه.

أصله وكان للبائع كالطلع المؤبر.

والمعنى أن هذا النوع إذا بيع أصله بعد خروجه وتفتحه فهو للبائع ولايتبعه فى البيع، أما إن بيع أصله قبل تفتحه تبعه فى البيع فيكون للمشترى. هذا هو الأصح كما فى الروضة .

الوجه الثانى: أنه للبائع وإن لم يتفتح أى هو للبائع مطلقا. ذكره أبو حامد فى التعليق قائلا: أنه ظاهر كلام الامام الشافعى رحمه الله.

والوجه الأول هو الأقيس كما قال الشيخ أبو نصر(١).

ب- إن كان مما يخرج ورده ظاهرا أى يبدو بارزا لاكمام له كالياسمين(٢)، فهذا إذا وجد الورق فيه لم يتبع أصله، والا تبع أصله. أى ماظهر منه وخرج للبائع، وما لم يظهر ويخرج للمشترى(٣).

هذا: وقد ذكر الماوردى أن مالم يكن شجرا كبصل النرجس والزعفران يبقى سنين فى موضعه حكمه حكم شجرا الورد على ماذكرناه(٤).

ثانيا: مايقصد منه الورق:

من الشجر مايقصد منه الورق دون الثمرة كشجر التوت، والحناء، والجوز، والنبق، فما حكم هذه الأوراق إن بيعت شجرتها هل تتبع أصلها فى البيع أم لا؟

---

(١) راجع نص البيان السابق بالهامش.
(٢) بكسر السين. أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.
(٣) راجع النصوص المذكورة بهامش «مايقصد منه الورد» فهى تدل على ماذكرناه.
(٤) راجع نص الحاوى السابق ذكره بالهامش.

أ- أوراق التوت[١]:

أقول: شجر التوت الذى يقصد منه ورقه دون ثمره للشافعية فى تبعيته لشجرته إذا بيعت وجهان[٢].

---

(١) يذكره البعض بلفظ «الفرصاد» . وقيل: الفرصاد هو التوت الأحمر. وقال أبو عبيد: هو التوت. والمراد به فى كلام الفقهاء الشجر الذى يحمل التوت. هكذا فى المصباح المنير، جـ٢، ص ٦٤١ . وقال الرازى: الفرصاد بكسر الفاء: التوت الأحمر خاصة. هكذا فى مختار الصحاح، ص ٢٥٩ . وفى النظم: والتوت بتاءين معجمتين من فوق: وهو شجر معروف يعلفه دود القز وله حمل أحمر طيب يؤكل. النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٧٩ . ونقل الحريرى عن أهله اللغة: أن التوت اسم للشجر، والفرصاد إسم للثمر. ونقل غير الحريرى عن الجوهرى: أن الفرصاد: التوت الاحمر. جاء فى التحفة والشروانى: فقول السبكى:أنه التوت وعبرَّ عن الفرصاد به لأن التوت أشهر لايوافق شيئا من ذلك.أما عدم موافقته لما نقله الحريرى فظاهر لأنه جعلهما مترادفين،وما نقله الحريرى يفيد المباينة.
وأما عدم موافقته لما نقله غير الحريرى فلأن مانقله الغير يفيد أن الفرصاد أخص من التوت.
وإنما تكون الموافقة إن ثبت أن التوت مشترك . قال الهيتمى. ثم رأيت القاموس صرح بما يوافق هذا الاشتراك فانه قال: التوت الفرصاد، وقال فى الفرصاد هو التوت أو حمله أو أحمره. فكل منهما مشترك بين الثلاثة.
قال الشروانى: أن القول بهذا الاشتراك محل تأمل إذ لايلزم من تفسير لفظ بلفظ مشترك أن يكون المفسر مشتركا بين جميع تلك المعانى بل الظاهر أن مقصوده من قوله: التوت الفرصاد، أى باعتبار أحد معانيه الآتية والتعريف بالأعم سيما التعاريف اللفظية سائغ شائع. فمحصله أن التوت إسم للشجر، والفرصاد اسم له أو لمطلق الثمر أو لأحمره. تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥١ ، ٤٥٢.

(٢) ولم يذكر الماوردى فى الحاوى الكبير إلا وجها واحدا وجعل الفرصاد على نوعين. نوع يعرف بالشامى وهذا يقصد منه ثمره دون ورقه. ونوع يقصد منه ورقه دون ثمره. ثم يذكر حكم كل نوع فيقول: «فأما ماكان المقصود منه الورق فكالحناء والتوت ... وأما شجر الفرصاد فنوعان. نوع منه يعرف بالشامى، يقصد منه ثمره دون ورقه، فحكمه حكم ثمر الاشجار إذا طلع فلا اعتبار بظهور ورقه. ونوع منه: يقصد منه ورقه دون ثمره. وورقه يبدو فى عقده ثم ينفتح عنها فان كان فى عقده فهو تبع لأصله، وإن كان فى عقده قد انشقت وظهر ورقها لم يتبع أصله وكان للبائع. وكذا القول فيما قصد منه الورق» الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٠ . وفى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨. «وإن كان مما يقصد ورقه كالتوت، ففيه وجهان: أحدهما: أنه إن لم يتفتح للمشترى، والثانى: أنه للمشترى بكل حال». (=)

الوجه الأول: أن هذا الورق يبدو فى عقده ثم ينفتح عنها. فان بيع شجرته وهو فى عقده فهو تبع لأصله. وإن كان وقت البيع قد انشقت عقده وظهر ورقها لم يتبع أصله وكان للبائع. وبعبارة أخرى إن ظهر من الورق شئ فهو للبائع إن لم يشترطه المشترى، وإن لم يظهر منه شئ فهو لمشترى الشجرة وبه قال أبو إسحاق واختاره الشيخ أبو حامد. ولم يذكر الماوردى فى الحاوى الكبير.

وحجته: أن المقصود من هذا الشجر الورق فهو كالثمر من سائر الأشجار.

الوجه الثانى: أنه للمشترى بكل حال لأنه بمنزلة أغصان الشجر(١)، وليس كالثمر لأن للتوت ثمرة تؤكل غير الورق(٢).

وصرح النووى فى الروضة، وجلال المحلى فى شرحه أن الخلاف بين الأصحاب إنما فى ورق التوت المبيع شجرته فى الربيع.

يقول النووى: «إلا أن شجرة الفرصاد إذا بيعت فى الربيع وقد خرجت

(=) وفى البيان: «والضرب الثانى من الأشجار مايقصد منه الورق وهو شجر التوت فاذا بيع أصول التوت ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبى اسحاق واختيار الشيخ أبى حامد إن كان قد ظهر من الورق شئ فهو للبائع إلا أن يشترط المبتاع، وإن لم يظهر منه شئ فهو للمشترى لأن المقصود من هذا الشجر الورق فهو كالثمر من سائر الأشجار. ومن أصحابنا من قال: أنه للمشترى بكل حال لأنه بمنزلة أغصان الشجر لأن للتوت ثمرة توكل غير الورق» البيان للعمرانى، جـ٣، ص ٧٢ . وانظر نحو هذا النص فى روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ . والمهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩.

(١) فالاتفاق على دخول الاغصان فى البيع إلا الغصن اليابس فى الشجرة الرطبة ففيه خلاف. قال النووى: فاذا باع الشجرة مطلقا دخلت الاغصان لكن لايدخل الغصن اليابس فى بيع الشجرة لأن العادة قطعه كالثماز. وقال فى التهذيب: ويحتمل ان يدخل كالصوف على الغنم، وتدخل العروق والأوراق لأنهما معدودات من اجزاء الشجر. انظر روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ . وشرح جلال المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٩.

(٢) راجع النصوص السابق ذكرها.

أوراقها ففى دخولها وجهان. أصحهما الدخول كغير وقت الربيع»[١].

ويقول المحلى: «وورق التوت المبيع شجرته فى الربيع وقد خرج، وجه أنه لايدخل لأنه كثمرة سائر الأشجار إذ يربى به دود القز»[٢].

أقول: فالخلاف إذاً راجع إلى الزمان حيث أن ورق التوت يطلب فى الربيع لغرض مقصود وهو تربية دود الحرير. أما فى غير الربيع فلا خلاف فى تبعيته فيكون للمشترى.

والراجح فى نظرنا تبعيته لشجرته فى البيع عند الاطلاق وذلك فى كل الأزمنة لأن الغالب فيه للمشترى قصد الورق لاالثمرة. والحكم للغالب.

ب- أوراق أشجار الحناء، والجوز، والنبق:

إن أوراق نحو هذا النوع من الشجر لم يرد فيه نص عن الامام الشافعى رحمه الله. ومن ثم فهى تحتمل أوجه كما فى البيان.

يقول العمرانى فى الحناء والجوز: «وإن بيع الحناء، والجوز فلانصّ فيها فيحتمل أن تكون كالتوت على الوجهين، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق إذا ظهرت وجها واحدا، لأنه لاثمرة لهذه الأشجار غير الورق»[٣].

ويقول المحلى فى ورق النبق: «وفى ورق النبق وجه من طريق أنه لايدخل لأنه يغسل به الرأس»[٤].

والمذهب دخول ورق النبق فى البيع. وقيل: هى كورق التوت. ذكر

(١) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥.
(٢) شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩.
(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧٢.
(٤) شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩.

ذلك النووى ثم قال: قلت: وتدخل الكمام تحت اسم الشجرة لأنها تبقى بقاء الأغصان . وقال فى البيان[١]، إن شجر الحناء ونحوه يجوز أن يكون فيه خلاف كالفرصاد، ويجوز أن يقطع بأنه إذا ظهر ورقه كان للبائع لأنه لاثمر له سوى الورق بخلاف الفرصاد فان له ثمرة مأكوله[٢].

أقول: فورق التوت فى غير الربيع يكون للمشترى أى يتبع أصله باتفاق أما فى الربيع ففيه وجهان أصحهما أنه للمشترى أيضا كغير وقت الربيع وهذا بناء على ماصرح به النووى، وجلال الدين المحلى.

أما ورق النبق فانه يتبع أصله فى البيع فيكون للمشترى على المذهب.

وأما ورق الحناء والجوز ففيه خلاف أيضا إلا أن صاحب البيان جوز القطع بأنه إن ظهر فهو للبائع أى لايتبع أصله فى البيع لأنه لاثمر له سوى الورق بخلاف التوت فان له ثمرة مأكولة.

وقطع الماوردى فى ورق الحناء بأن ماظهر منه للبائع فلا يتبع، ومالم يظهر فهو للمشترى أى فيتبع. قال: «فأما ماكان المقصود منه الورق فكالحنا والتوت. فأما الحنا فان ورقه يبدو بعد تفرع أغصانه من غير أن يكون فى عقدة ينفتح عنها فاذا أبدا ورقه بعد التفرع صار فى حكم النخل المؤبر فيكون للبائع».

وقد أخذ الماوردى بهذا الحكم فى كل شجر قصد منه الورق. إذ قال بعد ذكره لحكم ورق التوت[٣] والحناء «وكذا القول فيما قصد منه

---

(١) لاحظ نص البيان السابق هنا وقد نقل عنه النووى.
(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥.
(٣) سبق نص الماوردى فيه.

الورق»[١].

ورق العنب:

وفى نظرنا أن حكم ورق العنب كحكم ورق التوت لأنه قد يقصد منه الأكل حيث إنه فى مصر المحروسة يتخذ غلافا للأرز فى بعض الاحيان عند الطبخ ويؤكل معه[٢]، وأيضا العنب له ثمرة مأكوله.

ثالثا: مايقصد منه الثمرة:

الشجر الذى يقصد منه الثمر ينقسم عند الشافعية إلى أربعة أقسام.

القسم الاول: ماتخرج ثمرته ظاهرة بلاقشر ولاكمام:

إذا كان الشجر مما تخرج ثمرته ظاهرة بارزة بلا قشر ولاكمام كالتين والجميز ونحوهما فان للشافعية فى تبعية الثمرة لشجرتها فى البيع وجهين.

الوجه الأول: أن هذا النوع من الشجر إذا بيع فان كانت ثمرته قد ظهرت عند العقد فان الثمرة تكون للبائع إلا ان اشترطها المشترى. فان كانت لم تظهر عند العقد فانها تكون للمشترى أى تتبع الأصل فى البيع.

وحجته: أن وجود الثمر فى شجره أى ظهوره بمثابة التأبير فى النخل، فصار كالطلع المؤبر فى النخل. أى قاسوا هذا النوع من الشجر على النخل[٣].

---

(١) أنظر نص الماوردى فى الحناء وفى قوله هذا. الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٠.

(٢) ويطلقون عليه «محشى ورق عنب».

(٣) جاء فى الأم، جـ٣، ص ٤٣، مجلد/ ٢ . «فاذا باعه شجرا مثمرا فالثمر للبائع إلا أن يشترط المبتاع لأن الثمر قد فارق أن يكون مستودعا فى الشجر كما يكون الحمل مستودعا فى الأمة ذات الحمل». وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠١ . «وإن بدا بارزا منعقدا كالتين فهذا وجوده فى شجره كالتأبير لايتبع أصله ويكون للبائع».
ويقول العمرانى: «الضرب الثانى من الأشجار مايقصد منه الثمرة وهو ينقسم أربعة أقسام. قسم يخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب، فاذا بيع الشجرة فان(=)

الوجه الثاني: الثمرة الأولى فى التين ونحوه تكون للبائع، والثانية للمشترى.

والقائل به فرق بينه وبين النخل بأن ثمرة النخل ثمرة عام واحد، وهى لاتحمل فيه إلا مرة واحدة، والتين ونحوه يحمل حملين مرة بعد أخرى، وأيضا التين ونحوه يؤخذ أولاً فأول فلا يحصل اختلاط بخلاف ثمرة النخل فانها تختلط ولاتتميز فاحتجنا إلى جعله تابعا. وإذا كان ذلك كذلك فان الثمرة الأولى فى التين ونحوه تكون للبائع، والثانية للمشترى(١).

العنب:

أما العنب فالمعتمد إلحاقه بالتين، وجرى عليه فى النهاية والمغنى وغيرهما، وعلى هذا فانه إن كانت ثمرته قد ظهرت عند العقد فانها لاتتبع فى البيع وتكون للبائع، وإن لم تكن قد ظهرت فانها تتبع وتكون للمشترى.

وفرّق الماوردى فقال: «فأما الكرم فنوعان. منه مايورد ثم ينعقد. ومنه مايبدو حبًا منعقدا فيتعين كل واحد من النوعين بحكم ماذكرنا من نظائره»(٢). أى من العنب مايورد أى يكون له ورد أى زهر ثم ينعقد

(=) كانت الثمرة قد ظهرت فهى للبائع إلا أن يشترطها المبتاع وإن لم تظهر فهى للمشترى. لأن الظاهر منها كطلع النخل اذا تشقق، ومالم يظهر منها كطلع النخل قبل التشقيق» البيان، جـ٣، ورقة ٧٢.
وفى شرح المحلى وقليوبى، جـ٢، ص ٢٣١: «ومايخرج ثمره بلانور -أى زهر- كتين وعنب إن برز ثمره أى ظهر فللبائع وإلا فللمشترى اعتبارا لبروزه بتشقق الطلع أى إلحاقا لبروزه بتشقق الطلع». وكون ثمرة التين ونحوه تصير للبائع بالظهور قاله البغوى كما فى الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢ . وقال الرملى فى حاشيته على الأسنى السابق: هذا إشارة إلى تصحيحه له. وانظر. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٦ وما يليها. المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ . حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٦ . والأم أيضا فى، جـ٣، ص ٤٦ ، مجلد/ ٢.

(١) أسنى المطالب وحاشية الرملى عليه، جـ٢، ص ١٠٢ . وانظر الأم، جـ٣، ص ٤٤ ، ٤٥، مجلد/ ٢.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠١.

فيلحق بنظائره كالمشمش، وما يبدو -يظهر- منعقدا فيلحق بنظائره كالتين[١]، وهو أيضا قول الشيخ أبي حامد الاسفراييني[٢].

القسم الثاني: ماتخرج ثمرته فى كمام لايزال إلا عند الأكل:

إذا كان الشجر مما تخرج ثمرته فى كمام لايزال إلا عند الأكل كالرمان والموز، فان ظهورها وقت العقد يجعلها للبائع ولاتتبع الأصل فى البيع إلا ان شرطها المشترى.

وحجة ذلك: أن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة[٣].

القسم الثالث: شجر تخرج ثمرته وعليها قشرتان:

إذا كان الشجر المبيع مما تخرج ثمرته وعليها قشرتان كالجوز، واللوز،

---

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٥٦ . وفيه قول الماوردى السابق.

(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

(٣) قال الشافعي رحمه الله: «إذا تشقق الرمان كان ذلك نقصا فيه» أى أن قشره من مصلحته، ومن ثم فاذا بيع أصله وقد ظهر الرمان أو الموز فهو للبائع إلا إن اشترطه المشترى. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧. حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . ٢٨٠ . أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠٢ . تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٥ ، ٤٥٦ . شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . ٢٣٢.
وفى الأم، جـ٣، ص ٤٥، مجلد/ ٢ «فاذا كان شجر الموز كثيرا وكان يخرج فى الموز منه الشئ اليوم، وفى الأخرى غدا وفى الأخرى بعده حتى لايتميز ماكان منه خارجا عند عقدة البيع مما خرج بعده بساعة أو أيام متتابعة فالقول فيه كالقول فى التين».
أقول: وقد سبق أن الأصح فى ثمرة التين إذا كانت ظاهرة وقت البيع فانها للبائع ولا تتبع أصلها فى البيع. وفى البيان، جـ٣، ورقة، ٧٢: «... القسم الثانى من الثمار ماخرج وعليه قشرة لاتزال عنه إلا عند الأكل وهو الرمان والموز. فاذا باع شجره وقد ظهرت ثمرته فان الثمرة للبائع وإن لم تظهر فهى للمشترى. لأن هذه القشرة من مصلحته وبقاؤها فيها. قال الشافعي رحمه الله: إذا تشقق الرمان كان ذلك نقصا فيه». ولاحظ الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠١ . والأم، جـ٣، ص ٤٤ ، ٤٥، مجلد/٢.
ويلاحظ على الماوردى أنه جعل الرمان من القسم الرابع الذى سنذكره بعد. لاحظ الحاوى السابق.

والرانج[١]، والفستق فان للشافعية فى حكم ثمرته وجهين[٢].

الوجه الأول: أنه كالرمان لايتبع أصله فى البيع فيكون للبائع. وهو اختيار ابن الصباغ، وهو المنصوص كما فى المهذب، والبيان، والحلية.

وحجته نص الشافعى فى الأم، قال: «ومن باع أرضا فيها شجر رمان أو جوز أو لوز أو رانج أو مايواريه حائل لايفارقه إلا عند الأكل فهو كما وصفت من الثمر البادى بلاكمام» ولأن قشره لايتشقق عنه فهو كقشر الرمان[٣].

الوجه الثانى: أنه للمشترى فيتبع أصله فى البيع كثمرة النخل الذى لم يؤبر لأنه لايترك فى القشر الأعلى كما لاتترك الثمرة فى الطلع[٤].

(١) الرانج هو الجوز الهندى، وهو النار جيل. قال الجوهرى: وما أظنه عربيا. النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٨٠.

(٢) فى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨، «فأما مايقصد ثمرته فيخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج فالمنصوص أنه كالرمان لايدخل فى البيع. ومن أصحابنا من قال: إنه يدخل فى البيع مالم يتشقق عنه القشر الأعلى».
ويقول العمرانى: «والقسم الثالث من الثمار مايخرج وعليه قشرتان وهو الجوز واللوز والرانج فان باع شجره وعليه ثمرته فان كان قد تشقق عنها القشرة العليا فوجهان. أحدهما وهو اختيار ابن الصباغ أنها تكون للبائع ... والثانى وهو اختيار الشيخ أبى حامد أنه للمشترى ...». البيان، جـ٣، ورقة ٧٢. وانظر روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٦، ٢٠٧.
ويقول الماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠١. «وأما مايقصد منه الثمرة فعلى ثلاثة أضرب ... الضرب الثانى: أن يبدو فى كمام يتشقق عنه كالجوز عليه قشرتان، احدهما: عليا تنشق عنه فى شجره. والثانية: سفلى يؤخذ معها ويدخر بها. فهذا فى حكم طلع النخل، فاذا كان فى قشرته العليا فهو تبع لأصله ويكون للمشترى، وإن انشقت عنه القشرة العليا وبرزت القشرة السفلى لم يتبع أصله وكان للبائع».
ويلاحظ على الماوردى أنه جعل ثمرة اللوز من القسم الرابع الذى سنذكره بعد. لاحظ الحاوى السابق.

(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧٢. ولقد رأيت هذا النص فى الأم، جـ٣، ص ٤٢، مجلد/٢. ط. دار الفكر. وانظر. المهذب، جـ١، ص ٢٧٩، ٢٨٠. والأم، جـ٣، ص ٤٤، مجلد/٢.

(٤) المهذب السابق.

وهذا الوجه هو اختيار الشيخ أبي حامد، وبعض الأصحاب كالماوردى.
قالوا: إن قول الشافعي رحمه الله يحتمل أنه لم يعلم أن للجوز واللوز قشرتين، أو أراد به مافى الحجاز لأنه لايكون له بالحجاز إلا قشرة واحدة[١].

ولكن هل يشترط تشقق القشر الأعلى ليكون للبائع وهو الوجه الأول؟

أقول: صرح النووى بأن الأصح عدم اعتبار تشقق القشر الأعلى[٢]، كما صرح به أيضا الشيخ زكريا فهو للبائع مطلقا لاستتاره بما هو من صلاحه ولأنه لايظهر بتشقق الأعلى منه[٣].

الراجـــــح:

والراجح فى نظرنا هو الوجه الأول برمته حيث يبعد فى نظرنا جهل الشافعي بماهية مايجتهد فى حكمه، وقد اشتهر بالتتبع والاستقراء.

القسم الرابع: ماتخرج ثمرته فى نور[٤]:

إذا كان الشجر مما تخرج ثمرته فى نور أى زهر ثم يتناثر عنه نوره فتبرز الثمرة بلاحائل كالمشمش[٥]، والتفاح والكمثرى والخوخ وأشباه ذلك[٦]. فقد اتفق الشافعية على أنه إن باع الشجر وقد تناثر النور عن

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٢.
(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧.
(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢.
(٤) النور: الزهر . وقد سبق.
(٥) المشمش بكسر الميم. قاله الجوهرى. وحكى أبو عبيد الفتح. هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٦ . شرح المحلى والقليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٦ . وفى المختار، ص ٣٢٠ . «المشمش بكسر الميمين وفتحهما أيضا فاكهة».
(٦) وقد عدّ الماوردى الرمان، واللوز من هذا القسم. ولعلهّ قد رأى نوعا منه على هذه الصفة كما سبق قوله فى العنب: أن منه ماله ورد ونور. أنظر الماوردى بالهامش التالى:

ثمره فان الثمرة تكون للبائع إلا أن يشترطها المبتاع.أى لاتتبع الثمرة أصلها إلا بالشرط. ثم اختلفوا إن كان البيع قبل تناثر النور عنها على وجهين(١).

الوجه الأول: أن الثمرة للمشترى فتتبع الأصل فى البيع وهو المنصوص فى البويطى، واختيار أبى اسحاق ، والقاضيين أبى حامد، وأبى الطيب. ولم يذكر الماوردى فى الحاوى غيره. وهو ظاهر المذهب والأصح.

وحجة هذا الوجه: أن استتار الثمرة بالنور كاستتار ثمرة النخلة بالطلع وتناثر النور عنها كتشقق طلع النخل فكان فى الحكم مثلها أى ماتناثر عنه فهو للبائع فلا يتبع، ومالم يتناثر عنه فهو للمشترى فيتبع.

الوجه الثانى: أن الثمرة للبائع أى فلا تتبع وإن لم يتناثر عنها النور. وبه قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى.

وحجته: أن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، وانما استترت بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض. ثم ثمرة النخل بعد

---

(١) يقول الماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠١ . «... والضرب الثالث» مايبدو وردا ونورا ثم ينعقد حبا كالتفاح والمشمش والرمان والسفرجل والكمثرى ومافى معناه. فاذا كان وردا ونورا فهو تبع لأصله ويكون للمشترى، وإذا انعقد وتساقط نوره لم يتبع أصله وكان للبائع وكذلك اللوز ومافى معناه».
ويقول الشاشى فى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨. «فأما مايكون فى نور يتناثر عنه كالتفاح والكمثرى ففيه وجهان. قال أبو إسحاق، والقاضى أبو حامد: هو كمثرة النخل إن تناثر عنه النور للبائع، ومالم يتناثر عنه للمشترى وهو ظاهر المذهب. قال الشيخ أبو حامد: هو للبائع وإن لم يتناثر عنه النور». وانظر . البيان، جـ٣، ص ٧٢ ، ٧٣ . المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . الأم، جـ٣، ص ٤١ ، ٤٢، مجلد/٢. ويلاحظ أن عبارات فقهاء الشافعية قد اختلفت فى ألفاظها لكنها كلها تجتمع على ماذكرناه. فمثلا عبارة النووى فى الروضة، جـ٣، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، «فان باع الأصل قبل انعقاد الثمرة انعقدت للمشترى وإن كان النور قد خرج . وان باعه بعد الانعقاد وتناثر النور فللبائع، وإن باعه بعد الانعقاد وقبل تناثر النور فوجهان. أصحهما وهو نصه أنها للمشترى، والثانى للبائع». وانظر شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٦ ، ٤٥٧.

خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور. قال الشيخ أبو حامد كما فى البيان: وقد أومى الشافعى رحمه الله إلى أن العنب لاورد له. قال: وعندى أن له ورد ثم ينعقد[١]، أى أن العنب له نفس الحكم عنده[٢].

ويلاحظ أن المعول عليه فى تناثر النور أى فى سقوطه هو أوان السقوط وإن لم يسقط بالفعل، كما أنه لانظر لسقوطه قبل أوانه. وفارق تأبير الطلع فى النخل بأن تشقق الطلع قبل أوانه لايفسده بخلاف هذا[٣].

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٢ ، ٧٣ . المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . الأم، جـ٣، ص ٤١ ، ٤٢، مجلد/٢ . حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨.

(٢) لاحظ ماتقدم فى العنب فى القسم الأول.

(٣) شرح جلال المحلى وقليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . تحفة المحتاج والشروانى، جـ٤، ص ٤٥٦، ومابعدها. ووجه الشبه بين طلع النخلة، وبين هذه الثمار حاصله.
أن الوجه الأصح يجعل الثمرة المنعقدة كالطلع، ويجعل نورها ككوزه، وعدم تناثر النور كعدم تشقق الكوز، ومن ثم فهى للمشترى إن لم تنعقد الثمرة، وكذا إذا انعقدت ولم يتناثر شئ من النور. أما الوجه الثانى وهو مقابل الأصح فانه يجعل انعقاد الثمرة كتشقق الكوز، ويجعل استتارها بالنور كاستتار الطلع فى الكوز بالقشر الأبيض الذى عليه. ومن ثم فانه يلحقها به بعد تشققه لاستتاره بالقشر الأبيض فتكون للبائع، وبعد التناثر للبائع جزما. أنظر فى هذا المصادر السابقة.
ونختتم هذه الأقسام بنص مختصر يشملها جميعا هو نص الأسنى، جـ٢، ص ١٠١ . يقول الشيخ زكريا: «ثمر المبيع وهو المقصود منه ولو مشموما كالورد يتبع فيه الشرط من كونه للبائع أو للمشترى، أو الظاهر للبائع وغيره للمشترى أو بالعكس، إلا أن غير الظاهر إذا لم ينعقد لايصح شرطه للبائع، وأما عند الاطلاق فان برزت ثمرة العنب والتين ونحو كل منهما أو تفتح كمام الورد أو تناثر نور -أى زهر- نحو الرمان والمشمش، أو ظهر ياسمين فللبائع، وإن كان قبل ذلك فللمشترى، فان جهل المشترى حصول ماذكر خير». ويلاحظ أنه لم يذكر الخلاف فى شئ منها. وأقول: اعتمدت فى هذه الأقسام على مصادر الشافعية الآتية:
الأم، جـ٣، ص ٤١ ، ٤٢ . البيان، جـ٣، ورقة ٧١ ، ٧٣ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ وما بعدها . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ . حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ . أسنى المطالب وحاشية الرملى عليه، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى، جـ٤، ص ٤٥٥ وما بعدها. شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٣١ ، ٢٣٢.

تنبـــــيه:

صرح الشيخ زكريا الانصارى: «بأن ثمرة الشجر فى هذه الأقسام يتبع فيه الشرط من كونه للبائع أو للمشترى، أو الظاهر للبائع وغيره للشمترى أو بالعكس إلا أن غير الظاهر إذا لم ينعقد لايصح شرطه للبائع»(١).

الحكم إذا ظهر بعض الثمر دون البعض:

إذا ظهر بعض ثمر غير النخل من الاشجار فان الحكم فيه كما هو فى النخيل يقول العمرانى: «وإذا باعه أصلا وقد ظهرت بعض ثمرته فان الظاهر منها يكون للبائع، فان ظهر باقى ثمرة العام بعد البيع فلمن يكون الظاهر بعد العقد فيه وجهان ذكرناهما فى التأبير»(٢).

ويقول الشيخ زكريا بعد أن ذكر حكم ثمرة النخل فى هذا الموطن: «وألحق بالنخل سائر الثمار»(٣). وعلى ذلك فانه إن ظهر بعض ثمرة غير النخيل دون بعض فالحكم كما قدمناه فى النخيل إذا تأبر البعض دون البعض فى الشجرة الواحدة، أو بعض الشجر دون البعض عند تعدده كما فى البستان.

وقد تقدم عندهم أنه لكى يتبع غير المؤبر المؤبر فى النخيل ويكون الكل للبائع إن لم يشترط المشترى المؤبر: اتحاد الجنس، والبستان والعقد، والحمل، والمالك، فان تخلف واحد منها فلا تبعية. والحكم هنا كذلك إلا المشمومات كالورد والياسمين ونحوهما، والا القثاء والبطيخ ونحوهما فلا تبعية.

---

(١) أسنى المطالب السابق.
(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣ . وانظر الأم، جـ٣، ص ٤١ ، ٤٢.
(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.

وإليك بعض الصور:

قال في التهذيب: تشقق بعض جوز القطن كتشقق كله، وماتشقق من الورد للبائع، ومالم يتشقق للمشترى وإن كانا على شجرة واحدة، ولايتبع بعضه بعضا بخلاف النخل لأن الورد يجنى في الحال فلا يخاف اختلاطه. قال: ولو ظهر بعض التين والعنب فالظاهر للبائع وغيره للمشترى.

قال النووى وتبعه غيره: وفى هذه الصورة نظر[١] أى فى إلحاق العنب بالتين فى التفصيل المار نظر، وهو محل التوقف فى كلام الشيخين نقلا عن التهذيب. ومن ثم فحمله بعضهم على مايتكرر حمله منه أى على نوع من جنس العنب أى فيتبع غير الظاهر منه للظاهر منه، وما لايتكرر حمله فهو كالنخل فان حمله فى العام مرتين نادر كالنخل فليكن مثله أى فليكن مثل النخل فيتبع غير الظاهر منه الظاهر مطلقا أى سواء كان من النوع الذى يتكرر حمله أو من غيره الحاقا للنادر بالأعم الأغلب وفاقا لشرح المنهج وخلافا للنهاية والمغنى[٢].

وقد اعتمد الرملى مافى التهذيب للبغوى من أنه إذا ظهر بعض التين والعنب فالظاهر للبائع وغيره للمشترى. وقال فى شرحه: أن التين والعنب والجميز والقثاء والخيار والبطيخ ونحوهما لاتبعية فيها لانها بطون بل ماظهر منها ومالا فللمشترى.

وقال شيخنا الزيادى: إن كان مالم يظهر من بقية الحمل الذى ظهر فللبائع وإلا فهو للمشترى[٣].

---

(١) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص٤٥٦.

(٢) تحفة المحتاج السابق ومعها حاشية الشروانى.

(٣) شرح جلال المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . وانظر تحفة الشروانى، جـ٤، ص٤٥٦.

ومن فرق بين التين والعنب وبين النخل قال في الفرق: أن ثمرة النخل ثمرة عام واحد وهي لاتحمل فيه إلا مرة واحدة، والتين يحمل حملين مرة بعد أخرى فكانت الأولى للبائع، والثانية للمشترى، وكالتين الجميز ونحوه. وفرقوا أيضا بأن التين يؤخذ أو لافأو لا فلا يحصل اختلاط بخلاف ثمرة النخل فانها تختلط ولاتتميز فاحتجنا الى جعله تابعا[١].

وفي الأسنى والرملي وغيرهما: تشقق جوز عطب[٢]، أي قطن يبقى أصله سنين أي سنتين فأكثر كتأبير النخل فيتبع المستتر غيره إن اتحد في المتشقق وغيره ماذكر[٣]، بخلاف تشقق الورد لأن مايظهر منه يجني في الحال فلا يخاف اختلاطه. وألحق بالورد الياسمين أو نحوه.

والذي في التنبيه وأقره النووي في تصحيحه، واعتمده النهاية والمغني أن الجميع للبائع. وعبارة التنبيه: فان كان للغراس حمل فان كان ثمرة تتشقق كالنخل، أو نورا يتفتح كالورد والياسمين فان كان قد ظهر ذلك أو بعضه فالجميع للبائع وإن لم يظهر منه شئ فهو للمشترى.

وكالورد والياسمين ونحوهما في الحكم القثاء والبطيخ والخيار ونحوهم لايتبع بعضه بعضا لأنها بطون بخلاف مامر في ثمرة النخل ونحوه فانها تعد حملا واحدا[٤].

حكم الثمرة الحادثة بعد البيع:

لو باع شجرة وبقيت الثمرة للبائع كأن كانت ظاهرة بارزة وقت العقد، ثم خرج ثمر آخر من تلك الشجرة أو من أخرى حيث يقتضي اشتراكهما بأن

---

(١) الأسنى وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠٢ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٦.

(٢) بضم أوله مع إسكان ثانيه وضمه. أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢.

(٣) أي اتحاد البقعة، والعقد، والجنس، والحمل، والمالك.

(٤) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٥٨ . أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص١٠٢.

اتحدا فيما سبق ذكره. فالحكم كما هو فى النخيل عند أكثر الشافعية، ولم يخالف إلا صاحب التتمة وفرق بين النخل وغيره من الشجر.

وعلى الخلاف الذى تقدم فى النخل يكون حكم الثمرة الحادثة فى غيره على وجهين:

الوجه الأول: الثمرة الحادثة أى الجديدة تكون للبائع أيضا لانها من ثمرة العام. وهذا الوجه قال عنه النووى فى الروضة: هو الأصح. وذكر فى فتح البارى أنه قول الجمهور. وضعفه الماوردى ووصفه بالوهاء.

الوجه الثانى: الثمر الجديد للمشترى لحدوثه فى ملكه. وبه قال ابن أبى هريرة(١)، وقال الماوردى هو الأصح(٢). وهو نص المزنى(٣)، والأم(٤).

أما صاحب التتمية فقد قال: أن الحادثة ملك للمشترى بلاخلاف فهو ينفى الخلاف هنا قال: «إذا باع الشجرة وعليها ثمرة فحدثت أخرى، وإنما

---

(١) راجع من الفصل الثانى المبحث الثالث (حكم الطلع الحادث فى إناث النخل). وانظر. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٩ . أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١ ، ١٠٢ . البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٧ . وفى ص ٢٠٧ جاء: «رجل باع أرضا ذات شجر مثمر أو باع الشجر وحده وفيه ثمر فحكم بالثمر للبائع لأجل التأبير، وبالشجر مع الأرض للمشترى فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتناول البائع ثمرته فان كانت الحادثة تتميز عن الأولى بصغر أو بلون أو بنضج كانت الأولى للبائع والحادثة للمشترى والبيع على حاله».

(٣) «قال المزنى: قال الشافعى رحمه الله: فاذا كانت الشجرة مما تكون فيه الثمرة ظاهرة ثم تخرج منها قبل أن تبلغ الخارجة ثمرة غيرها فان تميز فللبائع الثمرة الخارجة، وللمشترى الحادثة»، مختصر المزنى، ص ٧٩ . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٦.

(٤) فى الأم، جـ٣، ص ٤٦ . «وما أثمر منه فى السنة مرارا فبيع وفيه ثمرة فهى للبائع وحدها، فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم تقع عليه صفقة البيع فللمشترى الأصل مع الأرض. وصنف من الثمرة فكان يخرج منه الشئ بعد الشئ حتى لاينفصل ماوقعت عليه صفقة البيع وهو فى شجره فكان للبائع مالم يقع عليه صفقة البيع وكان للمشترى ماحدث».

يتصور ذلك فى التين ونحوه فانه يخرج منه ثمرة بعد ثمرة فالحادث ملك المشترى بلاخلاف. ويخالف مالو أطلعت النخلة المؤبرة بعد البيع فان الطلع للبائع. ووجهه أن النخل لاتحمل إلا حملا واحدا فاذا بقيت الثمرة للبائع بسبب التأبير بقى الجميع له، وأما التين يدوم حمله، فاذا ثبت ذلك، فاذا حدثت ثمرة أخرى فان كانت الحادثة تتميز عن المملوكة للبائع فلا كلام ...»[1]. أى فى صحة العقد.

أقول: وهذه التفرقة فى نظرنا قول حسن، ومن ثم فالراجح أن الحادثة للمشترى وهو الذى رجحناه أيضا فى طلع إناث النخل الحادث.

وهذا الذى ذكرناه عن الشافعية هنا إنما فى حالة مالو تميزت ثمرة كل منهما عن الأخرى أما إن اختلطت المتقدمة والحادثة وتعذر التمييز فان البعض قد جعل لهذا تأثيرا على صحة العقد، وأيضا فان لهذا الاختلاط أثر على الثمرة لمن تكون؟. وسيأتى حكمه فى الفرع الرابع من الفصل الخامس إن شاء الله.

والى هنا نكون قد انتهينا من تفصيل مذهب الشافعية. وننتقل الآن إلى تفصيل مذهب الحنابلة.

تفصيل مذهب الحنابلة:

سبقت الاشارة إلى أن مذهب الحنابلة هو أقرب المذاهب الشافعية فى المسألة التى معنا -أعنى مسألة ثمار غير النخيل- منهجا واتفاقا واختلافا كما نبه على ذلك ابنا قدامة.

اذا اتضح ذلك فالشجر عند الحنابلة على خمسة أضرب.

---

(١) تتمية الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧.

الضرب الأول: ماتكون ثمرته فى أكمام ثم تنفتح فتظهر.

الشجر الذى تكون ثمرته فى أكمام ثم تنفتح فتظهر كالقطن، ومايقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فانه تظهر أكمامه ثم تنفتح فيظهر، فهذا حكمه كطلع النخل[١]. إن تفتح جنبذه فهو للبائع وإلا فهو للمشترى[٢].

وجهته: القياس على النخل وهو الأصل الذى وردت به السنة وماسواه مقيس عليه وملحق به. وهو المذهب.

وقد اعترض صاحب القواعد على قياس القطن والورد ونحوهما على طلع النخل قائلا: «وفيه نظر. فان هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها

---

(١) الذى بينا حكمه وهو الأصل الذى وردت السنة فيه وماسواه مقيس عليه وملحق به. المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١٠. حاشية العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨.

(٢) قال البهوتى: «وماخرج من أكمامه كورد وقطن فالثمر للبائع ونحوه قياسا على الطلع المتشقق: ومابيع ونحوه قبل ظهور الثمرة كما ذكر فهو للمشترى كالطلع قبل تشققه» كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

وفى الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨ ، ١٢٩ «وما خرج من أكمامه كالورد والبنفسج والقطن الذى يحمل فى كل سنة للبائع لأن ذلك كله بمثابة تشقق الطلع ... وماقبل الخروج من الأكمام فى نحو الورد والقطن والبنفسج فللمشترى قياسا على النخل».

وفى الانصاف، جـ٥، ص ٦٣ «وماخرج من اكمامه كالورد والقطن للبائع بلانزاع جزم به فى المغنى والشرح. وكذا الياسمين والبنفسج والنرجس ونحوه، وقال الأصحاب: القطن كالطلع وألحقوا به هذه الزهور».

والحكم السابق فى القطن إنما هو فى قطن يبقى أصله أكثر من سنة. فالحنابلة كالشافعية يجعلون القطن على ضربين. يقول ابن قدامة: «فصل. والقطن ضربان. احدهما: ماله أصل يبقى فى الأرض أعواما كالشجر تتكرر ثمرته، فهذا حكمه حكم الشجر فى أنه يصح افراده بالبيع، واذا بيعت الأرض بحقوقها دخل فى البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع والا فهو للمشترى. والثانى: مايتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقومافيه لم يجز بيعه إلا بشرط القطع. كالزرع الأخضر، وان قوى جوزه واشتد جاز بيعه بشرط يالتبقية كالزرع الذى اشتد حبه»، المغنى، جـ٤، ص٢٢١ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥.

الملازم لها كقشر الرمان، فظهوره ظهور الثمرة بخلاف الطلع فانه وعاء للثمرة».

قال المرداوي بعد ذكره: «وكلام الخرقي يدل عليه حيث قال: وكذا بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد، وبدو الورد ونحوه: ظهوره من شجره وإنما كان منظما»[1].

أقول: الذي أفهمه من هذا النظر، أن القائل به يفرق بين طلع النخل، وبين كمام القطن والورد ونحوهما، فالطلع وعاء لثمرة النخل، أما الكمام فهو نفس الثمرة أو قشرها لأنه يظل ملازما لها فهو من صلاحها كقشر الرمان، ومن ثم فظهور الكمام ظهور للثمر، فيكون حكمه حكم الرمان الذي سيأتي في الضرب الثالث.

الضرب الثاني: ماتظهر ثمرته بارزه:

اذا كان الشجر المبيع مما تظهر ثمرته بارزة لاقشر عليها ولانوّر كالتين والتوت والجميز. فان ثمرته تكون للبائع إن كانت ظاهرة وقت العقد وإلا كانت للشمري فتتبع أصلها في البيع.

وحجته: أن ظهور هذه الثمرة من شجرها بمنزلة ظهور طلع النخل من قشره.

الضرب الثالث: مايظهر في قشرة تبقى إلى حين الأكل:

إذا كان الشجر مما يظهر ثمره في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالموز والرمان، فهو للبائع بنفس الظهور فلا يتبع في البيع إذا كان وقت العقد قد ظهر. وإلا كان للمشتري.

وحجته: أن قشرة هذا النوع من مصلحته ويبقى فيه إلى حين الأكل

فهو كالتين، ولأن قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه وكونه من مصلحته.

الضرب الرابع: مايظهر فى قشرتين:

إذا كان الشجر مما يظهر ثمره فى قشرين كالجوز واللوز. ففيه وجهان.

الوجه الأول: أنه للبائع أيضا بنفس الظهور. أى إن كان ظاهرا وقت البيع فهو للبائع ولايتبع أصله فى البيع، وإلا كان للمشترى وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر.

وحجته: أن قشره لايزول عنه غالبا إلا بعد جذاذه. فأشبه الضرب الذى قبله. ولأن قشر اللوز يؤكل معه فأشبه التين.

الوجه الثانى: أنه إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشترى قياسا على الطلع فى النخل وبه قال القاضى.

ونوقش هذ االوجه: بأنه لو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادرا، ولايصح قياسه على الطلع لأن الطلع لابد من تشققه وتشققه من مصلحته، وهذا بخلافه فانه لايتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده(١).

أقول: فهذه الثلاثة أضرب(٢)، تأخذ حكما واحدا عند الحنابلة فى ظاهر المذهب والصحيح. ولم يخالف إلا القاضى فى الضرب الرابع، وهذه المخالفة ردها الجمهور كما هو مذكور عن ابنى قدامة هنا.

الضرب الخامس: مايظهر له نَوْر:

اذا كان الشجر المبيع مما يظهر ثمره فى نوره ثم يتناثر عنه نوره فتظهر

---

(١) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢١٠ . ولاحظ حاشية العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨.

(٢) أى الضرب الثانى، والثالث، والرابع.

الثمرة. كالتفاح والمشمش والاجاص والخوخ. ففيه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: إذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه وقت البيع فهى للبائع ولاتتبع أصلها فى البيع، وإن لم تظهر فهى للمشترى أى تتبع أصلها فى البيع. وبه قال جمهور الحنابلة وهو الصحيح. وقال فى القواعد: هو أصح.

الوجه الثانى: أن الحكم مرتبط بتناثر النور أى بسقوطه لابتفتح النور. ومن ثم فانه ان تناثر نوره وقت البيع كان للبائع ولايتبع أصله فى البيع، وإن لم يتناثر فهو للمشترى أى يتبع أصله فى البيع.

وحجته: أن الثمرة لاتظهر إلا بعد تناثر النور. أى أن ظهور ثمره يتوقف على تناثر النور. وجزم به القاضى فى خلافه.

الوجه الثالث: وهو احتمال قاله القاضى. قال: يحتمل أن تكون للبائع بظهور النَّوْر.

وحجته: أن الطلع فى النخل إذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التى فى جوف الطلع ليست عين الثمرة، وإنما هى أوعية لها تكبر الثمرة فى جوفها وتظهر فتصير العقدة فى طرفها وهى قمع الرطبة[١].

أقول: والراجح من الثلاثة الوجه الأول الذى عليه الجمهور، ويوافقه كلام الخرقى كما قال ابنا قدامة. لأنه علق استحقاق البائع للثمرة بكون الثمر باديا لابيدو نَوْره، ولايبدو الثمر حين يتفتح نَوْره، وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النَّوْر، فتعلق ذلك بظهوره[٢].

---

(١) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢١١ . الانصاف، جـ٥، ص ٦٢ ، ٦٣ . ولاحظ كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٨ ، ١٢٩.

(٢) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١١.

العنـــــــب:

وأمـا العنب فـهـو عند بعض الحنابلة بمنزلة مـاله نور، لأنه يبـدو فى قطوفه شئ صغار كحبّ الدخن[١]، ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكو من هذا القسم. وهذا يفارق الطلع لأن الذى فى الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير، والنور فى هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة[٢].

وقد عدّه صاحب الروض من قسم مـاتظهـر ثمرته بارزة لاقـشر عليهـا ولانور كالتين والتوت والجميز. لكن العنقرى اعترضه قائلا: فيه نظر، بل هو بمنزلة مايظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش كما قاله ابنا قدامة فى المغنى والشرح[٣].

وثمرة الخلاف تظهر إذا اعتبرناه من ضرب ماله نور حيث يجرى فيه الأوجه الثلاثة الواردة فى هذا الضرب.

أقول: مما سبق عند الحنابلة يتضح أن الذى عليه جماهير الأصحاب فى غيـر النخل من الشـجر أن الثـمرة للبائع بالظهور فلا تتبع فى البيع، ومالم تظهر فهى للمشترى أى تتبع.

وإليك بعض نصوصهم:

يقول البـهـوتى: «وكالنخل إذا بيع بعـد تشـقق طلعـه الشـجر إذا بيع ونحوه وكان فيه ثمر باد أى ظاهر عند العقد كعنب وتين وتوت ورمان وجوز،

---

(١) الدّخن بضم الدال المشـدّدة وسكون الخـاء: حب معـروف. الواحدة «دُخْنَة» وزان غُـرْفـة. والدّخْنَة بخور كالذيرة يدخن بها البيوت. المصباح المنير، جـ١، ص ١٩١ (دخن).

(٢) المغنى والشـرح الكبيـر، جـ٤، ص ٢١١ . الانصـاف، جـ٥، ص ٦٢ ، ٦٣ . كـشـاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

(٣) العنقرى فى حاشيته على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨ ، ١٢٩ . وهذا الخلاف موجود عند الشافعية، والبعض كالماوردى يتفق مع ابنى قدامة والعنقرى.

وماظهر من نوره ولو بتناثر نوره كمشمش وتفاح وسفرجل ولوز، وماخرج من اكمامه كورد وقطن فالثمر للبائع ونحوه قياسا على الطلع المتشقق. وما بيع ونحوه قبل ظهور الثمرة كما ذكر فهو للمشترى كالطلع قبل تشققه»(١).

ويقول فى الروض: «كالنخل فى الحكم شجر العنب والتوت والرمان وغيره كجميزة من كل شجر لاقشر على ثمرته فاذا بيع بعد ظهور الثمرة كانت للبائع، وكذا ماظهر من نوره كالمشمش والتفاح وماخرج من أكمامه كالورد والبنفسج والقطن الذى يحمل فى كل سنة لأن ذلك كله بمثابة تشقق الطلع. وماقبل الظهور فى نحو العنب والتوت والمشمش، والخروج من الأكمام فى نحو الورد والقطن فللمشترى قياسا على النخل»(٢).

وقد ذكر المرداوى مذهبه ومواطن الخلاف فيه، وهو لايختلف عن الذى سبق ذكره هنا. قال: إعلم أنه إن كان مايحمل الشجر يظهر بارزا لاقشر عليه كالعنب والتين والتوت والجميز والليمون والاترنج ونحوه، أو كان عليه قشر يبقى فيه إلى أكله كالرمان والموز ونحوهما، أو له قشر كالجوز واللوز ونحوهما، فالصحيح من المذهب فى ذلك كله أنه يكون للبائع بمجرد ظهوره وعليه جماهير الاصحاب وقطع به كثير منهم.

وقال القاضى: ماله قشران لايكون للبائع إلا بتشقق قشره الأعلى وصححه فى التلخيص وجزم به فى عيون المسائل فى الجوز واللوز، وقال: لايلزم الموز والرمان والحنطة فى سنبلها. والباقلاء فى قشرها لايتبع الأصل لأنه لاغاية لظهوره، وردّ ماقاله القاضى.

وقال فى المبهج: الاعتبار بانعقاد لبّه فان لم ينعقد تبع أصله، وإلا فلا.

---

(١) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

(٢) الروض المربع وعليه حاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٨ ، ١٢٩.

وماظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل للبائع ومالم يظهر للمشترى أناط ابن قدامة[١]، الحكم بالظهور من النور، فظاهره: سواء تناثر أم لا.

قال المرداوى: وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الاصحاب وهو ظاهر كلام الخرقى وقدمه فى المغنى والشرح واختاره. قال فى القواعد: وهو أصح.

وقيل: إن تناثر نوره فهو للبائع وإلا فلا، وجزم به القاضى فى خلافه لان ظهور ثمره يتوقف على تناثر نوره، وقيل: يكون للبائع بمجرد ظهور النور، ذكره القاضى احتمالا جعلا للنور كما فى الطلع.

وماخرج من أكمامه كالورد والقطن للبائع بلانزاع جزم به فى المغنى والشرح[٢]، وكذا الياسمين والبنفسج والنرجس ونحوه، وقال الاصحاب: القطن كالطلع وألحقوا به هذه الزهور ....[٣].

وقد اكتفى الزركشي بذكر حكم ماتخرج ثمرته بادية، أما بقية الاضرب فقد أشار الى تقسيم الاصحاب دون تفصيل فقال: «قال -أى الخرقى- وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد أ.هـ أى ظاهر كالتين ونحوه، والحكم فى ذلك كالحكم فيما تقدم أنه إن ظهر فهو للبائع لأنه قد صار كعين أخرى إلا أن يشترطه المبتاع وإن لم يظهر فهو للمشترى قياسا على ماتقدم لمساواته له فى المغنى، والاصحاب قد قسموا الشجر على أضرب ليس هذا موضع بيانها»[٤].

---

(١) راجع المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١١.
(٢) راجع المصدرين السابقين.
(٣) الانصاف، جـ ٥، ص ٦٢ ، ٦٣.
(٤) شرح الزركشى، مجلد/ ٣، ص ٤٩٢.

ظهور بعض الثمر دون البعض:

يرى الحنابلة أنه إن ظهر بعض الثمرة المبيعة شجرتها فما ظهر للبائع ونحوه ومالم يظهر من ثمر فهو للمشترى ونحوه سواء كان من نوع ماظهر أو غيره لعموم النص الحاكم للمسألة. إلا فى الشجرة الواحدة إذا ظهر بعض ثمرها فجميع ثمرها للبائع ونحوه إلحاقا لما لم يظهر منها بما ظهر منها[١].

هذا المذهب وعليه أكثر الاصحاب وقدمه فى المغنى والشرح وابن منجا وقال: هذا المذهب قياسا على النخل. قال فى الحاوى الكبير وغيره: المنقول عن أحمد فى النخل أن ماأبر للبائع ومالم يؤبَّر للمشترى. قال المرداوى: وكذلك يخرج فى الورد ونحوه.

وعندهم وجه قال به ابن حامد أن الكل للبائع وهو رواية فى الانتصار واختاره غير ابن حامد. وقال فى الواضح فيما لم يبد من شجره هو للمشترى وذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبى بكر.

وعندهم وجه أيضا فيما لو اختلف النوع شهره الزركشى وهو عدم تبعية أحدهما للآخر فى البيع[٢].

الثمرة الحادثة بعد البيع:

يرى الحنابلة أنه إن بيعت الشجرة الذى ظهر ثمرها كله أو بعضه ثم حدث ثمر آخر فهو للمشترى لأنه حدث فى ملكه أشبه مالو حدث بعد أخذ البائع الثمرة الظاهرة عند العقد، ولأن الثمر الجديد لايكاد يشتبه لتباعد مابينهما، فالحكم كما فى النخل نسقا بنسق وقد تقدم[٣]، مشفوعا بالمقارنة

(١) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨١ . الروض المربع وحاشيته العنقرى، جـ٢، ص ١٢٩.

(٢) الانصاف، جـ٥، ص ٦٣ ، ٦٤ . وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ ، ٢٨١ . الروض المربع وحاشية العنقرى السابق . المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨.

(٣) المغنى والشرح السابق، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ . وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٤ . والانصاف، جـ ٥، ص ٧٢ ، ٧٣ . وراجع ذلك فى النخل.

بين المذاهب. وهذا إذا تميزت الثمرة الحادثة عن الثمرة المتقدمة(١)، أما عند عدم التمييز فسيأتى فى الفرع الرابع من الفصل الخامس.

الضرب السادس: مايقصد منه الورق:

المذهب عند الحنابلة وعليه الاصحاب أن الشجر المبيع اذا كان المقصود منه ورقه فان الورق يتبعه فى البيع فيكون للمشترى ، حكمه حكم سائر الأوراق. أى سواء كان ورق توت يقصد أخذه لتربية دود القز أو غيره لأنه داخل فى مسمى الشجر ومن أجزائه وخلق لمصلحته فهو كسائر المبيع(٢).

قال المرداوى: «والورق للمشترى بكل حال هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب»(٣).

وعند الحنابلة احتمال فى ورق التوت المقصود أخذه. إن تفتح فهو للبائع، وإن كان حبًا فهو للمشترى.

قال المرداوى: «وهو وجه لأنه بمنزلة الجنبذ الذى ينفتح فيظهر نوره من الورد وغيره. قال فى المغنى والشرح: وهذا فى المواضع التى عادتهم أخذ الورق، وإن لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشترى كسائر ورق الشجر»(٤).

---

(١) فى المغنى والشرح عند بيان حكم ثمرة ماتتكرر ثمرته كالباذنجان والخيار والقثاء وما أشبهه: «فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة إلى حين بلوغها إلا أن يشترطها المبتاع. فان حدثت ثمرة أخرى فهى للمشترى، وان اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمرة الشجرة اذا اختلطت بثمرة أخرى على مايأتى حكمه»، المغنى، جـ٤، ص ٢٢٥ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣.

(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٦٣ . وانظر المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١١ . الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٨ ، ١٢٩.

(٤) الانصاف السابق. وانظر المغنى والشرح السابق.

خلاصة المذاهب

فى

مدى تبعية ثمرة غير النخل من الشجر

أقول: مما سبق عند الفقهاء يمكن إيجاد مقارنة بين المذاهب على الوجه التالى.

الاتجاه الأول:

وهو الاتجاه الذى لم يعتبر التأبير فى النخل، وهم النحفية، وابن أبى ليلى، والاوزاعى، والعلقمى، وعبد الله بن عبد العزيز من الاباضية وحكاية عن الربيع منهم. وهؤلا بدورهم لاعتبار عندهم بظهور ثمرة غير النخيل وبروزها أو عدم ذلك. ثم اختلفوا فيمن تكون له الثمرة عند الاطلاق على قولين.

القول الأول: أنها للبائع فلا تتبع فى البيع إلا بشرط من المشترى. قياسا على النخيل . وقد سبقت أدلتهم فى النخيل مع المناقشة. وهو قول الحنفية والأوزاعى، والعلقمى وعبد الله بن عبد العزيز من الاباضية وحكاية عن الربيع منهم.

القول الثانى: أنها للمشترى مطلقا أى قبل الانعقاد وبعده شرطت أم لم تشترط وبه قال ابن أبى ليلى، وابن عباد المصرى من الاباضية، وقول للربيع منهم، وأهل الجزيرة منهم يثبتونها للمشترى مالم تطب».

وهؤلاء أغفلوا الحديث. ومن ثم فقولهم مردود[١].

---

(١) لاحظ الفصل الثانى (المبحث الأول) . ولاحظ مذهب الحنفية السابق ذكره هنا أيضا.

الاتجاه الثانى:

وهو الاتجاه الذى جعل مناط الحكم فى النخيل هو التأبير، وفى معناه ظهور الثمرة منعقدة فى غير النخيل. وهؤلاء هم جمهور الفقهاء المالكية، والشافعية والحنابلة، والظاهرية، وجمهور الاباضية وهو الصحيح فى مذهبهم. وهذا الاتجاه هو مارجحناه فى النخيل[1]. ومسلكهم فى غير النخيل بناء على ماتقدم عندهم كالآتى:

أولا: المالكية والظاهرية، والاباضية لم أرلهم تصنيفا للشجر ولاتفرقة بين نوع وآخر من الثمار وذلك فيما اطلعت عليه من كتبهم.

وابن حزم الظاهرى يرى أن ثمرة غير النخيل إن لم تظهر منعقدة فهى للمشترى أى تتبع فى البيع فان ظهرت أو لم يبد صلاحها فالثمرة ضرورة ولابد للبائع لايحل بيعها إلا مع الاصول ولايصح اشتراطها.

وكون الثمرة للبائع بظهورها منعقدة، وقبله للمشترى هو المعتمد عند الاباضية إلا أن يكون شرط أو عرف بخلافه تماما كما فى ثمرة النخيل وقالت المالكية إن حكم سائر الشجر حكم النخيل فى جميع أحواله. فان انعقد الثمر كله كان للبائع فلا يتبع فى البيع إلا إن اشترطه المشترى، وان لم ينعقد كله كان للمشترى إلا ان اشترطه البائع على قول اللخمى الذى صحح شرط البائع وضعفه الجمهور وصحح بطلان شرطه.

أما إن انعقد النصف أو ماقاربه فالمنعقد للبائع، والنصف الآخر أو ماقاربه للمشترى، وان انعقد الكثير تبعه القليل غير المنعقد ويكون الكل للبائع والعكس صحيح اعتبارا بالأغلب.

والحكم السابق فى النصف أو ماقاربه إنما يكون لو كان النصف المنعقد

---

(١) لاحظ ماسبق فى النخيل فى الفصل الثانى (المبحث الأول).

فى شجرات بعينها وغير المنعقد فى شجرات بعينها أيضا، فان كان كلاهما شائعا فى كل شجرة فان فيه خمسة أقوال منهم قول أنه للمشترى، وقول مرجوح بأنه للبائع. والأقوال الخمسة سبق ذكرها فى النخيل اذا أبر البعض دون البعض.

وللاباضية قول كالمالكية فى أن الغلبة للأكثر، فان كان المنعقد أكثر فكل الثمرة للبائع، والعكس صحيح، وبه أخذ أطفيش صاحب شرح النيل، والقول الآخر أن غير المنعقد يتبع فى البيع فيكون للمشترى، أما المنعقد فانه لايتبع فى البيع فيكون للبائع.

وهذا كله مالم يكن شرط أو عرف بخلافه كما قدمنا فى المذهبين.

ثانيا: الشافعية والحنابلة هم الذين صنفوا الأشجار، وفصلوا القول فيها حسب مايعتبر ظهورا للثمرة أو لا، وجاء تقسيم الحنابلة مطابقا لتقسيم الشافعية.

أ- فالقطن الذى تبقى أصوله أكثر من سنة حكمه عند الشافعية حكم النخيل فاذا بيع أصله وقد خرج جوزه ولم يتشقق فهو للمشترى، وإذا كان قد تشقق فهو للبائع فمجرد انعقاد جوز هذا النوع من القطن لايجعله للبائع بل لابد من التشقق أيضا قياسا على طلع النخل.

وبه قال الحنابلة فى صحيح المذهب قياسا على طلع النخل أيضا وهو الأصل الذى وردت به السنة وماسواه مقيس عليه وملحق به.

والذى عليه صاحب القواعد من الحنابلة ويدل له كلام الخرقى أن ظهور كمام القطن هو مناط الحكم فهو للبائع بظهور الكمام، ولايصح القياس على طلع النخيل لأن الطلع وعاء لثمرة النخل، أما الكمام فهو نفس الثمرة أو قشرها حيث يظل ملازما لها فهو من صلاحها كقشر الرمان.

أقول: وماقاله صاحب القواعد، ويدل له كلام الخرقى. يؤيده الواقع العملى فنحن نرى فى بلادنا أن هذه القشرة لابد من وجودها حتى نأخذ منها القطن وأن أدنى عطب بها يفسد مابها من قطن، ونعتبرها نفس الثمرة.

أما إن كان القطن من النوع الذى لايبقى أكثر من سنة أى لايحمل إلا سنة واحدة فان للشافعية فيه وجهين. أصحهما: أن حكمه حكم الزرع فمالم يتشقق يكون للبائع ولايتبع أصله فى البيع، وإن تشقق جوزه تبع أصله فى البيع فيكون للمشترى. قالوا: ولايصح قياسه على ثمرة النخيل والاشجار، لأن الشجر مقصود الثمار جميع الاعوام، ولامقصود لهذا النوع من القطن هنا سوى الثمرة الموجودة.

الوجه الثانى: أن ثمرة هذا النوع من القطن اذا تشققت لاتدخل فى البيع وإنما هى للبائع. كالثمرة المؤبرة. وبه جزم القاضى شيخ البغوى، والمتولى، وكلام ابن الرفعة تصحيحه، وهو القياس كما قال الأذرعى.

ب- إذا كان الشجر مما يقصد منه الورد. فان كان مما يبدو مستجنا فى عقدة ينفتح عنها أو ينكشف عنه، فهذا عند الشافعية حكمه حكم النخيل فى أصح الوجهين. فان كان فى كمامه لم يبرز فهو تبع لأصله فى البيع كالطلع الذى لم يؤبر، وان كان خارجا من الكمام لم يتبع أصله وكان للبائع كالطلع المؤبر.

الوجه الثانى: أنه للبائع مطلقا. ذكره أبو حامد فى التعليق قائلا: أنه ظاهر كلام الامام الشافعى رحمه الله.

والوجه الأول هو الأقيس والأصح كما قال النووى، والشيخ أبو نصر. أما إن كان مما يخرج ورده ظاهرا بلا كمام كالياسمين، فان ماظهر منه وخرج للبائع فلايتبع، ومالم يظهر فهو للشمترى فيتبع.

وبصل النرجس والزعفران حكمه حكم شجر الورد.

هذا عند الشافعية. أما الحنابلة فلم يجعلوا الورد على نوعين. وإنما هو عندهم من قسم مايقصد نوره سواء كان له كمام ثم تنفتح كالورد، أم لاكمام له كالياسمين، والصحيح عندهم أنه يأخذ حكم النخيل كصحيح الشافعية قياسا على النحيل.

والذى عليه صاحب القواعد من الحنابلة ويدل له كلام الخرقى أن ظهور الكمام فيما له كمام هو مناط الحكم فهى للبائع بظهور الكمام لأنها نفس الثمرة حيث تظل الكمام ملازمة للثمرة وهى من صلاحها كقشر الرمان.

أقول: وكلام صاحب القواعد يؤيده الواقع العملى على النحو الذى قدمناه فى البند السابق فى القطن.

جـ- إذا كان الشجر مما يقصد منه الورق. فان كان من أشجار التوت فانه إن كان وقت البيع قد انشقت عقده وظهر ورقها وتفتح فانه لايتبع أصله فى البيع ويكون للبائع. وبه قال أبو إسحاق واختاره الشيخ أبو حامد ولم يذكر الماوردى غيره فى الحاوى الكبير. وعليه فانه إن كان فى عقده لم يخرج فهو للمشترى أى يتبع أصله فى البيع. هذا هو الوجه الأول عند الشافعية.

وحجته: أن المقصود من هذا الشجر الورق فهو كالثمر من سائر الأشجار.

والوجه الثانى: أنه للمشترى بكل حال لأنه بمنزلة أغصان الشجر، وليس كالثمر لأن للتوت ثمرة تؤكل غير الورق.

والوجهان عند الحنابلة المذهب والصحيح وعليه الاصحاب أنه للمشترى بكل حال لأنه داخل فى مسمى الشجر ومن أجزائه وخلق لمصلحته فهو كسائر المبيع. وعندهم احتمال بأنه ان تفتح فهو للبائع وإن كان حبّا فهو

للمشترى.

قال المرداوى: وهو وجه لأنه بمنزلة الجنبذ الذى ينفتح فيظهر نوره من الورد وغيره. وقيده فى المغنى والشرح بالمواضع التى عادتهم أخذ الورق، وإن لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشترى كسائر ورق الشجر.

هذا. وقد صرح النووى، والمحلى من الشافعية ان الاختلاف بين الأصحاب فى ورق التوت إنما فى ورق بيعت شجرته فى الربيع. والأصح الدخول كغير وقت الربيع.

فالخلاف راجع إلى الزمان حيث أن ورق التوت يطلب فى الربيع لغرض مقصود وهو تربية دود القز، أما فى غير الربيع فلا خلاف فى تبعيته فيكون للمشترى.

والراجح فى نظرنا: تبعية ورق التوت لشجرته فى البيع عند الاطلاق وذلك فى كل الأزمنة لأن الغالب فيه للمشترى قصد الورق لا الثمرة، والحكم للغالب، وللمعانى التى ذكرها أصحاب الوجه الثانى من الشافعية، وما ذكره الحنابلة للمذهب والصحيح عندهم.

أما ورق غير التوت فالحكم فيه عند الحنابلة كالحكم فى ورق التوت. فورق الشجر المبيع للمشترى فى المذهب والصحيح سواء كان ورق توت يقصد أخذه لتربية دود القز أو غيره لأنه داخل فى مسمى الشجر ومن أجزائه وخلق لمصلحته فهو كسائر المبيع.

أما الشافعية فلم يذكر الامام الشافعى رحمه الله نصا فى ورق الحناء، والجوز والنبق، والعنب. ومن ثم فهى تحتمل أوجه ذكرناها فى المذهب. فورق الحناء والجوز يحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين، ويحتمل أن يكون للبائع إذا ظهر وجها واحدا لأنه لاثمرة لهذه الأشجار غير الورق.

وورق النبق فيه وجه من طريق أنه لايدخل لأنه يغسل به الرأس. والمذهب دخوله فى البيع. وقيل: هو كورق التوت.

وورق العنب فى نظرنا يأخذ حكم ورق التوت لأنه قد يقصد منه الأكل كما هو فى مصرنا يتخذ غلافا للأرز عند الطبخ. وأيضا العنب له ثمرة مأكولة.

د- إذا كان الشجر مما يقصد منه الثمر. فان كان ثمره يظهر بلاقشر ولاكمام كالتين والجميز ونحوهما فان للشافعية وجهين.

الوجه الأول: إن ظهرت عند العقد فهى للبائع ولاتتبع فى البيع إلا بشرط من المشترى وإن لم تكن ظهرت فهى للمشترى وتتبع فى البيع. وذلك قياسا على طلع النخيل. وبهذا الوجه قالت الحنابلة.

الوجه الثانى: الثمرة الأولى للبائع، والثانية للمشترى. فرق بينها وبين النخيل فثمرة النخيل ثمرة عام واحد حيث لاتحمل فى العام إلا مرة أما التين فيحمل مرة بعد أخرى فى العام، وأيضا التين يؤخذ أولاً فأول، فلايحصل اختلاط، أما ثمرة النخيل فتختلط ولاتتميز فاحتجنا إلى جعله تابعا.

أقول: والراجح فى نظرنا هو الوجه الثانى لوجاهة مأخذه، والواقع العملى يؤيده. وأما العنب فالمعتمد عند الشافعية إلحاقه بالتين ونحوه. وفرق الماوردى والشيخ ابو حامد بين نوع منه يبدو منعقدا فهو كالتين، ومنه ماله نور فهو كالمشمش وبعض الحنابلة جعل العنب بمنزلة ماله نور. وجعله فى الروض من قسم ماتظهر ثمرته بارزة لاقشر عليها ولانور كالتين والتوت والجميز، واعترضه العنقرى مستندا الى مافى المغنى والشرح من أنه بمنزلة مايظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش.

والراجح فى نظرنا هو ماذهب اليه الماوردى والشيخ ابو حامد، فهو الصواب فى نظرنا لموافقته لقضية العقول إذ فى جعل العنب كله نوعا واحدا واعتباره كالتين ونحوه، أو اعتباره كالمشمش ونحوه أمر يخالف القضية المذكورة.

وإن كان الشجر مما تخرج ثمرته فى كمام لايزال إلا عند الأكل كالرمان والموز. فان ظهورها عند البيع يجعلها للبائع ولاتتبع فى البيع إلا بشرط من المشترى. لأن كمام هذا النوع من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة. وهذا موضع اتفق عليه الشافعية والحنابلة.

وإن كان مما تخرج ثمرته عليها قشرتان كالجوز واللوز والرانج والفستق. فان للشافعية وجهين.

الوجه الأول: أنه كالرمان وهو اختيار ابن الصباغ، وهو المنصوص للشافعى.

الوجه الثانى: أنه للمشترى فيتبع فى البيع قياسا على طلع النخل، واختاره الشيخ أبو حامد، والماوردى.

لكن هل يشترط تشقق القشر الأعلى ليكون للبائع؟ وجهان. الأصح عدم اعتبار التشقق المذكور، فهو للبائع مطلقا لاستتاره بما هو من صلاحه ولأنه لايظهر بتشقق الأعلى منه.

والوجه الأول قال به الحنابلة فى صحيح مذهبهم. وقال القاضى: ان تشقق القشر الأعلى فهو للبائع، وإلا كان للمشترى قياسا على طلع النخل، وهذا وجه للشافعية كما علمت. وهو وجه مردود بأنه لو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادرا، ولايصح قياسه على الطلع لأن الطلع لابد من تشققه وتشققه من مصلحته، وهذا بخلافه فانه لايتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده.

والراجح فى نظرنا هو قول من قال: أنه للبائع بنفس الظهور، فإن لم يظهر فهو للمشترى فهذا النوع أقرب للرمان والموز من طلع النخل كما هو واضح وهذا هو منصوص الشافعى، وصحيح الحنابلة.

وإن كان مما تخرج ثمرته فى نور ثم يتناثر فتبرز الثمرة بلاحائل كالمشمش والتفاح والكمثرى والخوخ وأشباه ذلك. فقد اتفق الشافعية والحنابلة على أنها للبائع إن تناثر النور وقت البيع، ولاتتبع أصلها ف البيع إلا بشرط أو عرف. وجزم به القاضى من الحنابلة فى خلافه.

ثم حدث الخلاف فى المذهبين إن كان البيع للشجر بعد تفتح النور وقبل تناثره عن الثمرة على وجهين.

الوجه الأول: أنها للمشترى فتتبع فى البيع. وهو المنصوص فى البويطى، واختاره أبو إسحاق، والقاضيين أبو حامد ، وأبو الطيب، ولم يذكر الماوردى فى الحاوى غيره، وهو ظاهر المذهب والأصح قياسا على طلع النخيل. وبه جزم القاضى من الحنابلة فى خلافه، وهو قول جمهورهم والصحيح وقال فى القواعد: هو أصح.

الوجه الثانى: أنها للبائع فلا تتبع أصلها فى البيع إلا بشرط أو عرف. وبه قال من الشافعية أبو حامد الاسفراييني. وحجته أن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر وانما استترت بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور.

هذا. وهناك احتمال فى مذهب الحنابلة قاله القاضى. قال: يحتمل أن تكون الثمرة للبائع بظهور النور لابتفتحه. محتجا له بأن الطلع فى النخل اذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التى فى جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هى أوعية لها تكبر الثمرة فى جوفها وتظهر فتصير العقدة فى طرفها

وهى قمع الرطبة.

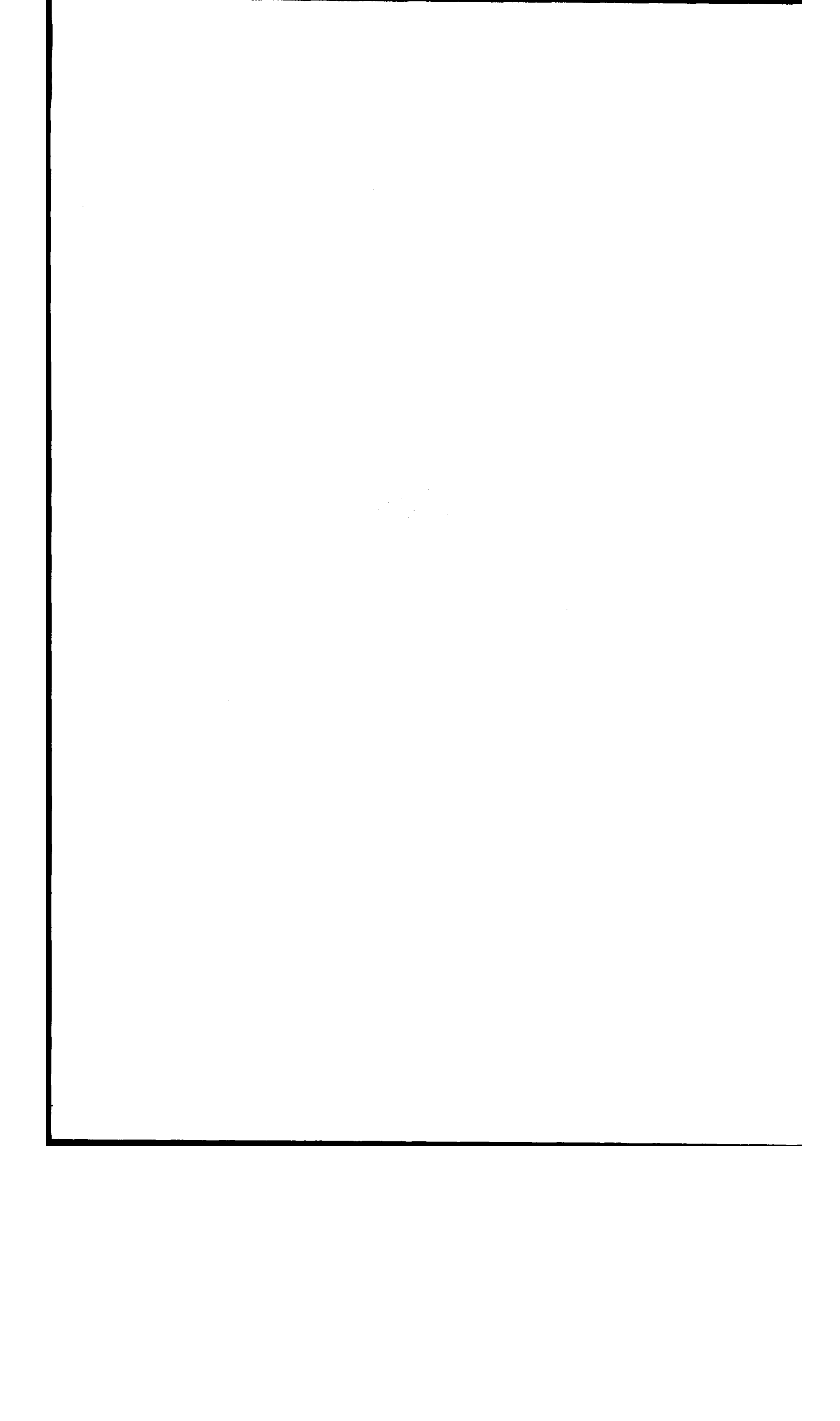
والرجح فى نظرنا هو الوجه الأول لأن الثمرة لاتظهر غالبا إلا بعد التناثر للنور وسقوطه.

وقد سبق عند الشافعية قول بعضهم أن المعول عليه فى تناثر النور هو أوان السقوط وإن لم يسقط بالفعل، كما أنه لانظر إلى سقوطه قبل أوانه. بينما القاضى من الحنابلة أناط الحكم بالسقوط بالفعل.

هـ- إن ظهر بعض ثمرة غير النخيل من الأشجار دون البعض فان الحكم فيه كما هو فى النخيل عند الشافعية والحنابلة. وقد سبق ذكره.

و- إذا بقيت الثمرة للبائع على شجرة المشترى لسبب يقتضى البقاء. ثم حدثت ثمرة أخرى فهل تكون للبائع أم للمشترى؟ والجواب أن حكمها حكم ثمار النخيل فى المذهبين. وقد سبق ذكره.

الفصل الرابع



الفصل الرابع

موقف الفقهاء من تبعية غير الثمر لشجرته فى البيع

تقدم حكم الثمار إذا بيعت الشجرة وهى مثمرة. وهنا نتكلم عن حكم غير الثمار كالورق، والأغصان، والخلفة، والأرض التى فيها الشجرة وحريمها. وفى ذلك مباحث أربعة.

المبحث الأول

مدى تبعية الأوراق(١) للشجرة فى البيع

يرى الحنفية أن ورق الشجر بمنزلة الثمار فى كل الأحكام فلا يدخل فى البيع إلا بشرط من المشترى فان لم يشترطه فهو للبائع إذا بيعت شجرته.

يقول ابن الهمام: «لايدخل إلا بالشرط ماكان من الأوراق، وأوراق الفرصاد لأنه بمنزلة الثمر»(٢).

ويقول الزيلعى: «ورق التوت ، والآس، والزعفران، والورد بمنزلة الثمار فى كل ماذكرنا من أحكام وأشجارها بمنزلة النخل»(٣).

وإذا كان الحنفية قد جعلوا الأوراق للبائع إلا ان اشتراطها المشترى فان الجمهور قد خالفهم وقال: أن الأوراق للمشترى فتتبع الشجرة فى البيع

---

(١) الورق بفتحتين من الشجر معروف. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٤٨ . وشجرة وَرِقَة، ووريقة أى كثيرة الأوراق، وأورق الشجر: أخرج ورقه، والوراقة: الشجرة الخضراء الورق الحسنته. مختار الصحاح، ص ٣٦٧.

(٢) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.

(٣) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . وراجع مذهبهم فى غير النخيل.

إن لم يكن شرط أو عرف أنه للبائع، وبه قال المالكية[١]، والاباضية[٢]، والشفافعية والحنابلة[٣].

وحجة الجمهور: أن الأوراق معدودة من أجزاء الشجر، فهو داخل فى مسمى الشجرة ومن أجزائه وخلق لمصلحته فهو كسائر المبيع. وهذا هو الأصل عند الشافعية والحنابلة. ثم حدث خلاف بين الشافعية فى ورق التوت وورق النبق، وورق الحناء ونحوه. وأيضا اختلف الحنابلة فى ورق التوت كالخلاف الذى عند الشافعية.

والذى عند الشافعية أن فى ورق التوت المبيعة شجرته فى الربيع وجهان أصحهما أنها تتبع فى البيع تماما كما لو بيعت فى غير الربيع[٤].

وحجة القول بالتبعية أن الأوراق معدودة من أجزاء الشجر فتتبعه فى البيع وحجة القول بعدم التبعية أن هذه الاوراق تقصد لتربية دود القز أى تقصد.

وأجيب عليه: بأنه حيث كان للشجرة ثمر غير ورقها كان الورق تابعا لامقصودا فدخل فى بيعها.

أما ورق النبق ففيه طريقان، والمذهب التبعية فى البيع. وفى وجه من طريق عدم التبعية لأنه يقصد لغسل الرأس.

---

(١) عند المالكية كما فى الذخيرة: «يتناول لفظ الشجر الأوراق» . العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ٧٠.

(٢) شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩.

(٣) أنظر نصوصهم ومصادرهم المذكورة بعد.

(٤) لاحظ ماسبق عند الشافعية فى حكم ثمار غير النخيل عند قسم «مايقصد منه الورق» فان بعض فقهاء المذهب أثبتوا الوجهين فى التوت المبيع فى الربيع والمبيع فى غيره. والذى ذكر التفرقة هو النووى فى الروضة، والهيتمى فى التحفة. والمحلى فى شرحه.

وأما ورق الحناء ففيه وجهان، وقد ذهب صاحب البيان إلى القول بأنه يجوز القطع بأنه لايتبع فيكون للبائع لأنه لاثمر لشجر الحناء سوى الورق.

وبه جزم الماوردى والرويانى وصححه ابن الرفعة وقال الزركشى: أنه الأقرب.

وأما ورق السدر ففيه وجهان أصحهما التبعية كما فى التحفة.

والمعتمد كما فى قليوبى تبعية ورق شجر النيلة، وبه قال القمولى كما فى الأسنى. لكن فى التحفة أنه لايدخل إذ لاثمر لشجر النيلة غيره.

والقاعدة عند الهيتمى: «أن ماله ثمر يدخل ورقه. ومالاثمر له لايدخل».

وقد ذكر قليوبى بأن المعتمد هو تبعية الاوراق فى البيع ولو من نيلة أو حناء.

يقول النووى: «إذا باع الشجرة مطلقا[١] ... تدخل الأوراق لأنها معدودة من أجزاء الشجر إلا فى شجرة الفرصاد -التوت- إذا بيعت فى الربيع وقد خرجت أوراقها ففى دخولها وجهان: أصحهما الدخول كغير وقت الربيع. وتدخل أوراق شجر النبق على المذهب، وقيل: كالفرصاد»[٢].

وفى شرح المحلى: «إذا باع شجرة رطبة دخل ورقها. وفى ورق التوت المبيع شجرته فى الربيع وقد خرج، وجه أنه لايدخل لأنه كثمرة سائر الأشجار إذ يربى به دود القز. وفى ورق النبق وجه من طريق أنه لايدخل لأنه يغسل به الرأس»[٣].

---

(١) أى من غير شرط.

(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ . وانظر المهذب، جـ١، ص ٢٧٩.

(٣) شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩.

وقال في البيان: «ان شجر الحناء ونحوه يجوز أن يكون فيه خلاف كالفرصاد ويجوز أن يقطع بأنه إذا ظهر ورقه كان للبائع لأنه لاثمر له سوى الورق بخلاف الفرصاد فان له ثمرة مأكولة»[١].

ويقول القليوبي: «ودخل ورقها ولو من نيلة أو حناء على المعتمد»[٢].

وفي الأسنى: «وتدخل فيه الأوراق ولو من فرصّاد، وسدر، وحناء».

قال الشيخ زكريا: «الترجيح في ورق الحناء من زيادته[٣] ولاترجيح فيه في الروضة. بل قال الزركشي: الأقرب عدم الدخول . وبه جزم الماوردي والروياني وصححه ابن الرفعة[٤]، اذ لاثمرة له غير الورق. قال القمولي: ومثله ورق النيلة»[٥].

وفي التحفة[٦]: «وفي ورق التوت الأبيض[٧]، الأنثى المبيعة

---

(١) النووي في روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٥ . نقلا عن البيان للعمراني . ولقد وجدته في البيان، جـ٣، ورقة ٧٢.

(٢) حاشية قليوبي على شرح المحلي، جـ٢، ص ٢٢٩.

(٣) أي من زيادة صاحب الروض.

(٤) قال في الأنوار: الأول: أن لايكون لها ثمر ولاورد كالخلاف وشبهه فاذا باعها مطلقا دخلت الأراق في البيع ولو كان فرصادا أو نبقا أ.هـ. وقال الرملي: جزم الماوردي بعدم دخول ورق التوت ورجحه الروياني فلا يستدل بكلامهما على ترجيح عدم دخول ورق الحناء. أنظر حاشية الرملي على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١ . عند قوله: «وبه قال الماوردي والروياني ... الخ».

(٥) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.

(٦) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥١.

(٧) في إضافة الورق إلى التوت تصريح بأن التوت إسم للشجر، وفي تقييده بالأبيض تنبيه على أن التوت شامل للأحمر لكن في المختار: التوت الفرصاد، وفسر الفرصاد بأنه التوت الأحمر، قال الشرواني معلقا على صاحب التحفة: لم يظهر وجه التقييد به، فان(=)

شجرته فى الربيع وقد خرج[١]، دخل فى البيع. وفى وجه أنه لايدخل لأنه يقصد لتربية دود القز. ويرد: بأنه حيث كان للشجرة[٢]، ثمر غير ورقها كان الورق تابعا لامقصودا فدخل فى بيعها، ومن ثم دخل ورق السدر على الأصح. ويؤيد ذلك أحد احتمالى البيان المنقول عن الماوردى والرويانى فى ورق الحناء ونحوه[٣]، عدم الدخول. وعلله بأنه لاثمرة له غير الورق بخلاف الفرصاد. وبه يعلم أن ماله ثمر يدخل ورقه ولايدخل ورق النيلة إذ لاثمر غيره».

والراجع فى نظرنا هو تبعية الورق لشجرته مطلقا فى البيع لأنه من أجزاءها لافرق بين صنف وصنف[٤].

(=) الأحمر يقصد ورقه لتربية الدود أيضا بل هو الغالب فى بلادنا . حاشية الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥١.

(١) أى برز وظهر ورقه. الشروانى، جـ٤، ص ٤٥١.
فرع: اشترى شجرة فرصاد ولاورق عليها فأورقت فى يده ثم فسخ كان الورق له فى وجه كالصوف واللبن الحادثين فى يد المشترى. وفى الوجه الثانى أنه للبائع. الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥١.

(٢) أى كشجر التوت.

(٣) واعتمد المغنى والنهاية الدخول فى البيع وفاقا لافتاء والده. ونقل البعض عن الروض دخول الاوراق مطلقا وأنه لافرق فيه بين أن يكون من فرصاد، وسدر وحناء وتوت أبيض ونيلة وأن يكون من غير ذلك . الشروانى على التحفة السابق.
قال العبادى: الذى فى الروض: والأوراق أى وتدخل الأوراق ولو من فرصاد وسدر وحناء أ.هـ. ومثل ذلك فى ورق النيلة: وحاصله دخول الأوراق مطلقا وإن لم يكن للشجرة ثمرة غيرها كورق النيلة. وبذلك أفتى شيخنا الشهاب الرملى. العبادى على التحفة، جـ٤، ص٤٥١. ولاحظ نص الأسنى المذكور سلفا.

(٤) أنظر نص الشروانى والعبادى السابق. وفى الشروانى أيضا: «ودخل ورقها إذا كان رطبا، ولافرق فى دخول الورق بين أن يكون من فرصاد، وسدر. وحناء، وتوت أبيض ونيلة وغيرها كما فى النهاية والمغنى والروض مع شرحه» . الشروانى، جـ٤، ص ٤٥١ .
ويقول الماوردى فى النخيل: «وقد دخل في البيع مااتصل بالنخل من سعف وليف» . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٢.

والورق الذى يدخل فى البيع إنما هو الورق الرطب، أما اليابس منه فلا يدخل على المعتمد.

يقول القليوبى: «إلا اليابس من الورق فلا يدخل لأن العادة فيه القطع فهو كالثمرة على المعتمد خلافا لما فى شرح المنهج من تخصيص هذا الحكم بالأغصان»(١).

أما الحنابلة فانهم يقولون بتبعية ورق غير التوت فى البيع باتفاق، أما ورق التوت ففيه خلاف، والمذهب وعليه الأصحاب أنه يتبع، وعندهم وجه أنه إن كان قد تفتح فهو للبائع أى لايتبع، وإن كان حبًا فهو للمشترى أى يتبع.

ولم يذكر البهوتى الخلاف، وذكره المرداوى، وابنا قدامة.

يقول البهوتى: «والورق بالشجر المبيع للمشترى سواء كان ورق توت يقصد أخذه لتربية دود القز أو غيره لأنه داخل فى مسمى الشجرة ومن أجزائه وخلق لمصلحته فهو كسائر المبيع»(٢).

ويذكر ابنا قدامة الحكم فى الورق عامة، وورق التوت خاصة، ويشيران إلى أن الخلاف فيه إنما إذا كان فى موضع عادة أهله أخذ الورق، فان لم يكن كذلك فهو للمشترى: «فأما الورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشترى بكل حال لأنه من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع. ويحتمل أن يكون ورق التوت الذى يقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشترى لأنه بمنزلة الجنبذ الذى يتفتح فيظهر نوره من الورد

---

(١) حاشية قليوبى على المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩ . وانظر تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٠ ، ٤٥١ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٠ ، ١٠١.

(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . وقد مشى البهوتى على ظاهر المذهب فى ورق التوت.

وغيره، وهذا فى المواضع التى عادتهم أخذ الورق وإن لم يكن عادتهم ذلك فهو للمشترى كسائر ورق الشجر[١].

ويقول المرداوى: «والورق للمشترى بكل حال هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب، ويحتمل فى ورق التوت المقصود أخذه إن تفتح فهو للبائع، وإن كان حبا فهو للمشترى وهو وجه»[٢].

المبحث الثانى

مدى تبعية الأغصان[٣] ونحوها للشجرة فى البيع

إذا بيعت الشجرة الرطبة فإن أغصانها تتبعها فى البيع فتكون للمشترى. لأن الغصن من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع. هذا فى الغصن الرطب باتفاق، أما اليابس فهو أيضا قول الجمهور، وخالف الشافعية فى الصحيح فقالوا: الغصن اليابس لايتبع فى البيع بل هو للبائع لأن العادة قطع الغصن اليابس كالثمار، ومقابله أنه يتبع فى البيع كالصوف على الغنم[٤].

---

(١) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢١١ . وانظر ماتقدم عند الحنابلة مقارنا بمذهب الشافعية فى حكم ثمار غير النخيل عند «مايقصد منه الورق».

(٢) الانصاف، جـ٥، ص ٦٣.

(٣) الأغصان جمع غُصْن مثل قُفْل وأقفال، ويجمع أيضا على غصون. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٤٨ . وفى المختار، ص ٢٤٨ . «الغصن: غصن الشجر، وجمعه أغصان وغصون، وغصنة مثل قُرط وقِرَطة. وغَصَن الغُصْن قَطَعَه وبابه ضرب. وأبو الغُصْن كُنْية جحا».

(٤) حاشية العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ . شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٩ . أسنى المطالب والرملى عليه، جـ٢، ص ٩٦ ، ١٠٠ . تحفة المحتاج والشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٢ . المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢١١ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . شرح النيل، جـ٨، ص٣٥٨ ، ٣٥٩.

يقول الشيخ زكريا: «الشجر لايتناول غصنه اليابس»[١].

قال الرملي: «ويدخل الغصن الرطب بلاخلاف»[٢].

وفى شرح المحلي: «يدخل فى بيع الشجرة أغصانها إلا اليابس لأن العادة فيه القطع»[٣].

ويقول الهيتمي: «ويدخل أغصانها إلا اليابس منها[٤]، وذلك لاعتياد الناس قطعه فكان كالثمرة»[٥].

وفى الأسنى: «اللفظ الخامس: الشجرة. وتدخل فيه الأغصان الرطبة لأنها تعد من أجزائه بخلاف اليابسة إذا كان الشجر رطبا لأن العادة فيه القطع كالثمرة»[٦].

أما إذا كانت الشجرة جافة فان غصنها يتبعها فى البيع، جاء فى التحفة: «أما الجافة فيتبعها غصنها اليابس» [٧].

أغصان الخلاف[٨]:

أغصان الخلاف فيها خلاف منتشر. ورجع ابن الاستاذ قول القاضي وهو: أن من الخلاف نوعا يقطع من أصله فهذا تتبع أغصانه فى البيع فتدخل وتكون للمشترى. ونوعا يترك ساقه ويؤخذ غصنه فهو كالثمرة،

(١) أسنى المطالب السابق، ص ٩٦.
(٢) الرملي على الأسنى السابق.
(٣) شرح المحلي وقليوبي، جـ٢، ص ٢٢٥.
(٤) أى من الأغصان.
(٥) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥١.
(٦) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٠ ، وأنظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٢.
(٧) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥١ . حاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٥٠.
(٨) الخلاف بتخفيف اللام وهو البان، وقيل: الصفصاف. تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٢.

الظاهر منه لايتبع فى البيع. وعليه فهل يشترط شرط القطع لأنه يتزايد، أو لاكالثمر؟ قال السيد عمر: الظاهر الأول[١].

وفى الأسنى: «وشمل كلامهم أغصان شجر الخلاف وبه صرح الامام فى موضع وصرح به آخر بأنها لاتدخل لأنها تقصد للقطع كالثمر. وجمع بينهما بما قاله القاضى أن الخلاف نوعان مايقطع من أصله فتدخل أغصانه ومايترك ساقه وتؤخذ أغصانه فلاتدخل»[٢].

الكمام، وأوعية الطلع، والعرجون والشماريخ[٣]:

تدخل الكمام تحت اسم الشجرة فتتبع فى البيع وتكون للمشترى لأنها تبقى بقاء الأغصان، والعرجون وأوعية الطلع وإن كان الثمر مؤبرا تدخل فى البيع فتكون أيضا للمشترى على الصحيح.

قال القليوبى: على المعتمد. خلافا لمن قال: أن كل ذلك لمن له الثمرة والشماريخ حكمها حكم الثمار، فان كان مؤبرا فهى للبائع أى لاتتبع فى البيع إلا ان اشترطها المشترى، وإن لم تؤبر الثمرة فهى للمشترى أى تتبع الا أن اشترطها البائع وبحث الزركشي كما فى التحفة أنها للبائع لأن العادة قطعها مع الثمرة[٤].

---

(١) تحفة المحتاج والشروانى والعبادى. جـ٤، ص ٤٥٢.

(٢) قال الرملى: هذا التفصيل أشار إليه فى أصل الروضة فى الكلام على مايدخل فى بيع الأرض فقال: ولو كان فى الأرض أشجار خلاف تقطع من وجه الأرض فهى كالقصب. أسنى المطالب وعليه الرملى، جـ٢، ص ١٠٠ ، ١٠٢ . ولاحظ الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٢ . وسيأتى فى الباب الثانى.

(٣) تقدم معنى الكمام، والطلع. أما العرجون فهو أصل العِذْق الذى يَعْوَجّ ويقطع منه الشماريخ فيبقى على النخل يابسا. مختار الصحاح، ص ٢٢٣ . وأما الشمراخ والشروخ، والجمع شماريخ، فهو مايكون فيه الرطب. ومثله عِثكال وعُثكول. وعِنْقاد وعُنْقود. المصباح المنير، جـ٢، ص ٣٢٣.

(٤) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ . شرح المحلى وقليوبى، جـ٢، ص ٢٢٩ . تحفة (=)

جاء في الأسنى: «وتدخل أيضا الكمام بكسر الكاف وهي أوعية الطلع وغيره ولو كان ثمرها مؤبرا لأنها تبقى ببقاء الأغصان، ومثلها العرجون فيما يظهر خلافا لمن قال: إنه لمن له الثمرة»[1].

قال البلقيني: «الظاهر أنه لمن له الثمرة أ. هـ. قال الرملي: يحمل هذا على ماإذا جرت العادة بقطعه مع الثمرة، والأول على غيره[2].

وفي التحفة: «إذا باع شجرة رطبة وحدها أو مع نحو أرض صريحا أو تبعا دخل ... وأوعية نحو طلع وقياسها العرجون تبعا لها[3].

ثم رأيت الزركشي بحث في الشماريخ أنها للبائع قال: لأن العادة قطعها مع الثمرة. أ. هـ.

وشيخنا قال: ومثل أوعية نحو الطلع العرجون فيما يظهر[4] خلافا لمن قال: أنه لمن له الثمرة أ. هـ[5].

وما علل به الزركشي من أن قطعها مع الثمرة[6]، لما اعتيد صيرها

(=) المحتاج، جـ٤، ص ٤٥١ . المغني والشرح، جـ٤، ص ٢١١ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩.

(١) أسنى المطالب جـ٢، ص ١٠١.

(٢) الرملي على الأسنى السابق.

(٣) وعبارة النهاية والمغني والروض مع شرحه: ويدخل أيضا الكمام وهو بكسر الكاف أوعية الطلع وغيره ولو كان ثمرها مؤبرا . حاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٥١ . قال العبادي: فرع: في الروض وشرحه: ويدخل الكمام ولو كان ثمرها مؤبرا أ.هـ. وهو يفيد الدخول أيضا إذا لم يؤبر فانظر لوشرط الثمر للبائع. حاشية العبادي، جـ٤، ص ٤٥١.
وقوله: وقياسها العرجون تبعا لها أي للأوعية: معتمد. قال العبادي: قضيته مخالفة شيخه في العرجون. الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٥١.

(٤) اعتمد النهاية والمغني.

(٥) يعني البلقيني.

(٦) أي الشماريخ. انظر فيما سبق الشرواني، جـ٤، ص ٤٥١.

مثله وجيه، وبه يعلم الفرق بينها وبين الأوعية لأنها تنفصل عنها الثمرة عادة فتكون بالغصن أشبه بخلاف العرجون وشماريخه»(١).

«والماوردى صرح بدخول السعف والليف»(٢).

المبحث الثالث

مدى تبعية العروق والخلفة(٣) للشجرة فى البيع

وفيه مطلبان.

المطلب الأول: مدى تبعية العروق للشجرة فى البيع.

المطلب الثانى: مدى تبعية الخلفة للشجرة فى البيع.

المطلب الأول

مدى تبعية العروق للشجرة فى البيع

يرى الحنفية أنه إن إشترى الشجرة بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها. أى أن العروق حينئذ تتبع فى البيع.

قالوا: ويجبر المشترى على القلع، وله أن يقلعها بأصلها لكن قلعا معتادا متعارفا وليس له أن يحفر الأرض إلى مايتناهى إليه العروق لأنه

(١) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥١.

(٢) «وقد دخل فى البيع ما اتصل بالنخل من سعف وليف». الحاوى الكبير، جـ٦، ص١٩٢.

(٣) العرق من الجسد جمعه عروق وأعراق. وعرق الشجرة يجمع أيضا على عروق. وقوله -ﷺ-: «ليس لعرق ظالم حق». قيل معناه: لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الأرض على وجه الاغتصاب أو فى أرض أحياها غيره. فلاحرمة له حتى يجوز للمالك قلعه من غير إذن صاحبه. فعروق الشجرة أجزاؤها المغروسة فى الأرض أى جذورها وأصلها. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٠٤، ٤٠٥ (كتاب العين). مختار الصحاح، ص ٢٢٥. والخلفة بكسر الخاء وسكون اللام وفتح الفاء: مايظهر من خلفة الشجر والنبات «أخلف الشجر والنبات ظهر خلفته» المصباح المنير، جـ١، ص ١٧٩ «كتاب الخاء» مختار الصحاح، ص ١٠٤.

المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط إلا إذا شرط البائع القطع على وجه الأرض فلا يدخل فيها أصلها أو لم يشترط لكن فى القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق فى النهر فقطعها على وجه الأرض دون أصلها لأن الضرر لايستحق بالعقد(١).

وفى البحر عن الظهرية: «اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة إلا ان شرط البائع القطع على وجه الأرض أو يكون فى القلع من الأصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض ...»(٢).

وعند المالكية كما فى الذخيرة: «يتناول لفظ الشجرة العروق، والعروق يتسع محلها ببعض الشجر»(٣). فالعروق عند المالكية تتبع فى البيع فتكون للمشترى.

ويرى الشافعية صحة بيع الشجرة بشرط القلع أو القطع وبشرط الابقاء ويتبع الشرط، والاطلاق يقتضى الابقاء للعادة(٤).

وبناء على ذلك قالوا: إذا بيعت الشجرة رطبة مع شرط القلع ولم تكن الشجرة من نوع جرت العادة بترك ساقه، أو أطلق فى البيع، ففى هذا تتبع فى البيع لأنها معدودة من أجزائها فتكون للمشترى. أما إن بيعت بشرط القطع فان العروق لاتتبع فى البيع وعلى المشترى قطع الشجرة من على وجه

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧.
(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.
(٣) العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.
(٤) شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ . أسنى المطالب والرملى عليه، جـ٢، ص ١٠١ . تحفة المحتاج والشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٢ ، ٤٥٣.

الأرض قال ذلك المتولي وسكت عليه فى الروضة كأصلها. وكذلك إن كانت الشجرة من نوع جرت العادة بترك ساقه فان العروق لاتتبعها فى البيع وتكون للبائع. هذا كله فى العروق الرطبة. أما العروق اليابسة فانها لاتتبع فى البيع على المعتمد لأن العادة فيها القطع خلافا لمن قال: أن اليابس يتبع فى البيع فيكون للمشترى لأنه معدود من أجزاء الشجرة كالرطب وممن قال به صاحب شرح المنهج والشيخ عميرة فى حاشيته[١].

يقول فى الأسنى: «والعروق إن لم يشترط قطع الشجرة تدخل. ويجوز بيع الأشجار بشرط القطع ولايدخل فيها حينئذ العروق بل تقطع عن وجه الأرض بخلاف شرط القلع لها أو الاطلاق فانه يدخل فيها العروق. وإن أطلق بأن لم يشترط قطعا ولاقلعا ولاإبقاء، وجب ابقاء الشجر الرطب فقط لا اليابس بل يلزم المشترى تفريغ الأرض منه للعادة فى ذلك وإن شرط قطعا أو قلعا أو إبقاء اتبع الشرط»[٢].

وفى التحفة: «إذا باع شجرة رطبة وحدها أو مع نحو أرض صريحا أو تبعا[٣]، دخل عروقها وإن امتدت وجاوزت العادة»[٤]. وفيها «ويصح بيعها رطبة ويابسة بشرط القلع أو القطع ويتبع الشرط، وعروقها فى الأول[٥] للمشترى وفى الثانى[٦] باقية للبائع»[٧]. وفيها «ويصح بيع

---

(١) شرح المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ . روضة الطالبين، جـ٣، ص٢٠٤.

(٢) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.

(٣) كأن باع الأرض وأطلق . الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٠.

(٤) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٠ أى تدخل عروقها فى البيع وان لم يشترط قطع الشجرة. وإن خرجت بذلك الامتداد عن أرض البائع كان لصاحب الأرض تكليفه قطع ماوصل إلى أرضه. الشروانى جـ٤، ص ٤٥٠.

(٥) أى فى شرط القلع.

(٦) أى فى شرط القطع.

(٧) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٢.

الشجرة بشرط الابقاء إن كانت رطبة ولو كانت يابسة بطل البيع بشرط ابقائها مالم يكن غرض صحيح فى بقائها لنحو وضع جذع عليها كما بحثه الأذرعى. والاطلاق[١] يقتضى الابقاء فى الرطبة لأنه العرف وإن كانت تغلظ عما هى عليه»[٢].

وإذا بيعت الشجرة بشرط القطع أو القلع على النحو المتقدم فانه يلزم المشترى تفريغ الأرض منها فاذا لم يفرغها لزمته الأجرة إذا قصر فى ذلك[٣]. لكن الأجرة لاتلزمه إلا بعد أن يطالبه البائع بالمشروط فيمتنع[٤]، ولو سقط ماقطعه أو قلعه على شجر البائع فأتلفه ضمنه إن علم سقوطه عليه والا فلا كذا أفتى به بعضهم كالشهاب الرملى، والعلم يحصل بالقرينة[٥].

قال الهيتمى: وفيه نظر ظاهر لأن التلف من فعله فليضمنه مطلقا، والعلم وعدمه إنما يؤثر فى الاثم وعدمه[٦].

وهذا النظر رده فى النهاية بما نصه: وتنظير بعضهم فيه بأن التلف من فعله إلى آخر مافى الشرح غير صحيح نشأله من عدم استحضاره المنقول فقد صرح بما أفتى الوالد به الشيخان فى باب اتلاف البهائم.

وعبارة ابن المقرى فى روضه: وإن خرب شجرة فى ملكه وعلم أنها تسقط على غافل ولم يعلمه ضمن والا فلا يضمنه إذ لاتقصير منه.

---

(١) أى بأن لم يشترط قلعا ولاقطعا ولاإبقاء.
(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٣.
(٣) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١.
(٤) فتلزمه الأجرة من حين الامتناع. الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٢.
(٥) لايقال: من لازم البيع بشرط القطع الرضا بما يتولد منه من الاتلاف لأنا نمنع أن القطع يستلزم الاتلاف. العبادى، جـ٤، ص ٤٥٢.
(٦) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٢ ، ٤٥٣.

قال بعضهم: أن ماهنا فى غير ملك المتلف، ومانقله عن الشيخين فى ملكه[١].

وأجرة القطع أو القلع عند اشتراطه على المشترى[٢].

ويرى الشافعية[٣] أنه لوكانت الشجرة المبيعة يابسة لزم المشترى القلع للعادة، فلو شرط الابقاء بطل البيع إن لم يكن له فيه غرض كما بحثه الاذرعى. فان كان غرض كنحو دعامة لم يبطل البيع. وإنما بطل البيع عند عدم الغرض الصحيح فقياسا على مالو اشترى ثمرة مؤبرة بعد بدو صلاحها وشرط عدم قطعها عند الجذاذ.

ولايبطل البيع بشرط قلعها أو قطعها لأنه شرط موافق لمقتضى العقد بخلاف شرط الابقاء دون غرض.

ويبعد أن تكون الشجرة يابسة وأغصانها مثلا رطبة[٤].

---

(١) الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٢ ، ٤٥٣.

(٢) شرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤.

(٣) فى تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٣ «ولو كانت يابسة بطل البيع بشرط ابقائها مالم يكن غرض صحيح فى بقائها لنحو وضع جذع عليها كما بحثه الأذرعى» . وفى الأسنى والرملى، جـ٢، ص ١٠١: وإن شرط ابقاء اليابسة بطل البيع كما لو اشترى ثمرة مؤبرة بعد بدو صلاحها وشرط عدم قطعها عند الجداد. قال الأذرعى وغيره: ومحله إذا لم يكن له فى إبقائها غرض مقصود، وإلا بأن كانت مجاورة لأرضه وقصد أن يضع عليها جذعا أو بناء أو نحوه كعريش فيظهر الصحة كالجداد. قال الرملى: أشار إلى تصحيحه وكتب عليه: وهو واضح أ.هـ.
ويقول النووى: «ولو باع شجرة يابسة نابتة لزم المشترى تفريغ الأرض منها للعادة. وقال فى التتمة: لو شرط ابقائها بطل البيع كما لو اشترى ثمرة مؤبرة وشرط عدم القطع عند الجذاذ، وإن باعها بشرط القطع جاز» . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤.

(٤) أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١ . روضة الطالبين السابق . شرح المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠.

والحنابلة أيضا يرون تبعية العروق للشجرة فى البيع فتكون للمشترى لأنها داخله فى مسمى الشجرة ومن أجزائها وخلق لمصلحتها فهو كسائر المبيع كالأوراق والأغصان(١).

يقول البهوتى فى القصب (البوص): «عروقه للمشترى ونحوه لأنها تترك فى الأرض للبقاء أشبهت الشجرة»(٢). قاس القصب على الشجرة فى كون العروق تتبع فى البيع فتكون للمشترى بجامع أن ذلك يترك فى الأرض للبقاء.

والاباضية كذلك يجعلون العروق تابعة لشجرتها فى البيع فتكون للمشترى فالقاعدة عندهم تقول: «وتبع بلاقيمة مبيعا فى بيع مايشمله اسمه، ويفسد إن نزع منه اتفاقا كباب بمسامير ... وشجرة بركائزها»(١).

الخلاصة فى العروق:

مما سبق عند الفقهاء يتضح أنهم اتفقوا على أنه ان بيعت الشجرة بغير أرضها للقلع أو الابقاء تبعتها عروقها فى البيع فتكون للمشترى إلا إن كان شرط بخلاف ذلك فى حالة البيع على القلع فيعمل بالشرط.

وحجتهم: أن العروق داخلة فى مسمى الشجرة ومن أجزائها وخلق لمصلحتها فتتبعها فى البيع إذ هى معدودة من أجزائها.

ولم أر تفرقة بين العرق الرطب والعرق اليابس عند غير الشافعية

(١) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . الانصاف، جـ٥، ص ٦٣ . المغنى والشرح، جـ٤، ص٢١١.

(٢) كشاف القناع السابق، ص ٢٧٧.

(٣) جمع ركيزة، وهو الشئ المركوز فى الأرض من بناء أو غيره تعتمد عليه الشجرة كالنخلة. شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩ . مختار الصحاح، ص ١٣٨ . المصباح المنير، جـ١، ص ٢٣٧ . وعند الاباضية غير ماذكرنا أقوال أخرى مبنية على تفصيل سنذكرها بعد فى الحلقة.

فيما أطلعت عليه. أما الشافعية فالأصح والمعتمد عندهم عدم التبعية فى العرق اليابس لأن العادة فيه القطع.

وذهب الشيخ عميرة، وصاحب شرح المنهج الى تبعية العرق اليابس فى البيع لأنه معدود من أجزاء الشجرة كالعرق الرطب.

والراجح فى نظرنا هو تحكيم العادة فان كانت عادة أهل الشجر عدم التبعية عمل بها، وإن كانت عادتهم التبعية عمل بها.

ثم ان المشترى يجبر على قلع الشجرة بعروقها إن كان البيع على القلع، ويقطعها من على وجه الأرض إن كان البيع على القطع، وقيد الشافعية الجبر على هذا بطلب البائع فمتى طلب البائع من المشترى تفريغ الأرض لزمه ذلك.

والقلع يكون حسب المعتاد، ووفقا للمتعارف عليه، وليس للمشترى أن يحفر الأرض إلى مايتناهى إليه العروق. لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا. والقاعدة: أنه يراعى عدم الضرر فى القلع لأن الضرر لايستحق بالعقد.

وقالت الشافعية: أنه إن امتنع المشترى عن القلع أو القطع بعد المطالبة لزم المشترى أجرة مدة الابقاء.

وقالوا: أنه لو سقط ماقطعه أو قلعه على شجر البائع أو على غافل فأتلفه ضمنه. وهل يضمن مطلقا ؟ أى علم السقوط بقرينة تدل عليه أم لم يعلم؟ خلاف.

والراجح فى نظرنا أنه يضمن مطلقا علم أم لا، لأن التلف من فعله، والعلم وعدمه إنما يؤثر فى الاثم وعدمه.

وأجرة القطع أو القلع عند اشتراطه على المشترى، إلا ان كان شرط أو عرف بخلافه.

المطلب الثانى

مدى تبعية الخلفة للشجرة فى البيع

يرى الحنفية أنه إن قلع المشترى شجرته أو قطعها ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى فهى للبائع لاللمشترى أى فلا تتبع فى البيع لأنه رضى أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقى للبائع إلا إذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشترى لأنه نماء ملكه(١).

ويرى المالكية أن الخلفة للمشترى أى تتبع شجرتها فى البيع(٢).

والشافعية أيضا قالوا بتبعيتها فى البيع ولهم تفصيل نذكره.

قالوا: لكن لو فرخت بجانبها شجرة أخرى هل يستحق المشترى الابقاء لها إلحاقا لها بالغصن والعروق أو يؤمر بقطعها، أو يفرق بين ماجرت العادة باستخلافه وعدمه، أو تبقى مدة الأصل فقط؟ احتمالات لبعض المتأخرين.

قال ابن الرفعة: والذى يعلم استخلافه كشجر الموز لاشك فى وجوب إبقائه. ذكر ذلك عميرة فى حاشيته عند اشتراط الابقاء(٣).

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧.
وفى البحر عن الظهيرية: «اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها ... إلا أن شرط البائع القطع على وجه الأرض ... فان قطعها أو قلعها فنبت مكانها أخرى فالنابت للبائع إلا إذا قطع من أعلاها فهو للمشترى . سراج» . حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

(٢) العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.

(٣) ونقله العنقرى الحنبلى فقال: «وفى كتب الشافعية: إذا بيعت الشجرة الرطبة وقلنا: لايدخل الغرض فللمشترى تبقيتها فلو استخلف شئ من الشجر حولها هل يستحق ابقاؤها كالأصل أو يؤمر المشترى بقطعه؟ قال المتولى: فيه احتمالان. والأول أظهر. (=)

ويقول الرملي: «لو تفرخت منها شجرة أخرى فهل يستحق ابقاؤها كالمتجدد من عروق الأصل وغلظها أم لا لحدوثها؟ أم يفرق بين ماتجرى العادة باستخلافه ومالم تجريه؟ قال بعضهم: فيه احتمالات. والأول أظهر كذا فى المطلب بقى احتمال رابع وهو ابقاؤها مدة بقاء الأصل فان زال أزيلت . ثم قال فى المطلب: مايعلم استخلافه كالموز فلاشك فى وجوب بقائه»[1].

وفى التحفة: «والاطلاق يقتضى الابقاء فى الرطبة لأنه العرف وإن كانت تغلظ عما هى عليه. وفيما تفرخ منها ولو شجرة أخرى بناء على دخوله، لكن لو أزيل المبتوع هل يزال التابع كما هو شأن التابع أولا، لأنه بوجوده صار مستقلا؟ رجح بعضهم الأول، وبعضهم الثانى ولعله الأقرب[2]. لأنه يغتفر فى الدوام فى مثل ذلك مالا يغتفر فى الابتداء، ولأن البائع قصر بعدم شرط القطع، وهذا كله[3]. إن استحق البائع الابقاء، والا كان غصب أرضا وغرسها ثم باعه وأطلق[4]، فقيل يبطل البيع وقيل يصح ويتخير مشتر جهل وهو الأوجه»[5].

ثم ان الهيتمى ذكر اختلاف المتأخرين فى أولاد الشجرة الموجودة

(=) وقال ابن الرفعة: ان علم استخلافه كشجر الموز فلا شك فى إبقائه» . حاشية العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٣٠.
وانظر للشافعية شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعمير، جـ٢، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤.

(١) الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١.

(٢) أى الثانى.

(٣) أى اقتضاء الاطلاق الابقاء فى الرطبة وماتفرخ منها ولو شجرة أخرى، أو أزيل المتبوع . الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٣.

(٤) أى باع الغرس وأطلق أى بخلاف مالوشرط الابقاء فالظاهر بطلان البيع لاشتماله على شرط فاسد صريحا. وعبارة الرشيدى: خرج بقوله «وأطلق» مااذا شرط الابقاء وظاهر أنه يبطل البيع قولا واحدا للشرط الفاسد، ومالوشرط القلع أو القطع وظاهر أنه يصح قولا واحدا. الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٣.

(٥) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٣.

والحادثة فقال: «واختلف جمع متأخرون في أولاد الشجرة الموجودة[١]، والحادثة بعد البيع هل تدخل في بيعها؟ والذي يتجه الدخول حيث علم أنها منها بعد البيع هل تدخل في بيعها؟ والذي يتجه الدخول حيث علم أنها منها سواء أنبتت من جذعها أو عروقها التي بالأرض[٢]، لأنها حينئذ كأغصانها بخلاف اللاصق بها مع مخالفة منبته لمنبتها لأنه أجنبي عنها»[٣].

وإذا دخلت الخلفة في البيع استحق المشترى ابقاءها كالأصل[٤]، كما رجحه السبكى من احتمالات.

قال ابن الرفعة: وما علم استخلافه كشجر الموز لاشك في وجوب ابقائه. وتوقف فيه الاذرعى من حيث الجزم لاالحكم، ثم قال الاذرعى: وشجر السُّمّاق[٥]، يخلف حتى يملأ الأرض ويفسدها وفي لزوم ذلك الابقاء لهذا بُعْد أ.هـ.

---

(١) أى وقت البيع.

(٢) ظاهره وإن وصلت العروق إلى أرض الغير ونبتت منها وهو كذلك لكن لصاحب الأرض حينئذ تكليف مالك الشجرة إزالة ماوصل إلى ملكه فان رضى ببقائه فلا أجرة فهو عارية. الشرواني، جـ٤، ص ٤٥٣.

(٣) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٣.

(٤) بقى ماإذا قطعها وبقى جدورها هل يجب عليه قطع الجدور أو له ابقاؤها كما كان يبقى الشجرة، أو يفصل بين أن تموت الجدور وتجف فيجب قلعها كما لو جفت الشجرة لأنها حينئذ لاتزيد عليها أو لاتموت وتستمر رطبة ويرجى نبات شجرة منها فلا يجب ويستحق ابقاءها. فيه نظر. ولوقطعها وأبقى جدورها فنبتت منها شجرة أخرى هل يستحق ابقاءها؟ نعم ولايبعد. حاشيتى الشرواني والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٣.
وقال الرملى: ان قلعت أو تقلعت ولم يعرض وأراد إعادتها كما كانت فله ذلك.
قال الشرواني: أقول: إذا قلعت ولوبفعل المشترى حيث كان لغرض كما يفهم من قوله: ولم يعرض. وقوله: ولم يعرض أى ويرجع فى ذلك اليه. حاشية الشرواني، جـ٣، ص ٤٥٤.

(٥) السُّمّاق بالتشديد شجر يدبغ بورقه ويحمض ببذره. مختار الصحاح، ص ١٦٨.

وردّه الهيتمي قائلا: ويرد بأن البائع بتركه شرط القطع مقصر وهو معتمد[١].

ولا أجرة لمدة الابقاء وإن كانت الأرض غير مملوكة للبائع ولكنه يستحق منفعتها ولو بوصية أو وقف. نعم تلزم المشترى الأجرة فى شرط القطع إن طلبت منه.

وإن كانت الأرض مستأجرة مع البائع فله مطالبة المشترى بالأجرة بقية مدته عند الرملى خلافا للطبلاوى[٢].

والحنابلة كالمالكية والشافعية فى تبعية الخلفة لشجرتها فى البيع فتكون للمشترى. ثم ان العنقرى نقل ما عند الشافعية فيما لوحدث معها أولاد صغار بجانبها أى بجانب الشجرة ثم بادت الشجرة[٣]، هل تبقى تلك الأولاد من غير أجرة، أو للبائع المطالبة بقلع ذلك، أو أجرة مثله؟ احتمالات ثلاث. ولم يجب العنقرى بواحد منها بل نقل ماهو فى كتب الشافعية[٤].

وعند الحنابلة: «أنه إن انكسرت الشجرة المشتراة أو احترقت ونحوه ونبت شئ من عروقها فانه يكون لصاحبها أى للمشترى ويبقى إلى أن يبيد»[٥]. فهنا صرح بأن الخلفة للمشترى أى تتبع فى البيع وله الابقاء عليها حتى تهلك فلا يكلف القطع أو القلع.

---

(١) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٣ ، ٤٥٤.

(٢) شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ . حاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٣.

(٣) بادت الشجرة هلكت. ويتعدّى بالهمزة فيقال: أباده الله تعالى . المصباح المنير، جـ١، ص٦٨.

(٤) العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٣٠ . وانظر نصه بهامش الشافعية.

(٥) العنقرى السابق، ص ١٢٩.

وللاباضية تفصيل نذكره فيما يلى:

أ- مانبت من وَدىّ [1] من أصل نخل فللمشترى الذى خرج من أصلها ولم يحيط به ليف [2]، وللبائع ماأحاط به ليف. هذا قول.

القول الثانى: لمشتريها ماخرج من أصلها ولم يثمر، وللبائع ماأثمر.

القول الثالث: لمشتريها ماله سعفه [3] فقط لأنه لم يقل أحد أن لمشترى نخلة ماخرج من أصلها وله ورقة، وأن مافوق ذلك للبائع.

ب- أقول: وهذا وإن كان واردا فى النخل إلا أنهم قالوا بثبوت هذا الخلاف فى سائر الشجر. فما نبت من أصل شجر وعروق الشجر إذا بيع. فقيل: لمشتر الشجرة ماخرج منها وله ورقة. وقيل: ورقتان. وقيل: له الذى لم يثمر.

جـ- وإن خرج فرع من أصله ودفن بأرض ونبت فمتى لم يستغن إن قطع تبع الشجرة المبيعة، وإن كان قد استغنى فهو شجرة أخرى للبائع.

د- فكل مايسمى شجرة إذا بيعت وقد خرج من عروقها هل يسمى شجرة إذا كانت له ورقتان وهو حينئذ للبائع، وإن كان له واحدة؟ أو يسماها إذا كانت له ثلاث وهو حينئذ للبائع، وإن كان له أقل فللمشترى؟ أو يسماها إذا أثمر وهو حينئذ للبائع، وقبل الاثمار للمشترى أقوال.

---

(١) الوَدىّ بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار الفسيل. وأيضا بفتح الواو، وإسكان الدالَ وتخفيف الياء. الواحدة (ودية). أنظر مختار الصحاح، ص ٣٦٦ . المصباح المنير، جـ٢، ص ٦٥٤ (ودى).

(٢) الليف للنخل الواحدة ليفه. مختار الصحاح، ص ٣١٢.

(٣) السَّعَفَةُ بفتحتين غصن النخل، والجمع سَعَف . مختار الصحاح، ص ١٦١ . وفى المصباح: السَّعَفُ: أغصان النخيل مادامت بالخوص فان زال الخوص عنها قيل: جريد. الواحدة سَعَفه مثل قَصَب وقَصَبَه . المصباح المنير، جـ١، ص ٢٧٧.

هـ- الذى عليه الثمينى صاحب النيل فيما نبت بأصل نخلة أو شجرة لا أرض لها مثل فسيل فلصاحب النخلة إن كانت الأصل نخلة، ولصاحب الشجرة إن كان شجرة. ويدرك عليه رب الأرض قلع الشجرة مع مانبت من أصلها أو قلع النخلة مع مانبت من أصلها مالم تثمر. وهذا إذا كانت بيعت على أن تقلع ولم تقلع حتى أثمرت ولم يحتج صاحب الأرض عليه فانها حينئذ ثابتة على صاحب الأرض بقيمة ماتحتاج اليه من الأرض.

قال أطفيش: وهذا قول ضعيف، وفيها أقوال: ابطال البيع إن كانت بالبيع، وإجازته مع الزام القلع(١).

و- ويرى أطفيش أن ماثبت للبائع من ذلك كله فله تركه فى موضعه وحوضه. قال أطفيش: هذا فيما يظهر لى(٢)، وكذا فى مسائل الشجر(٣).

الخلاصة فى الخلفة:

مما تقدم نرى أن الحنفية يقولون بعدم تبعية الخلفة الحادثة فى البيع فهى للبائع لأن المشترى رضى أن يكون المبيع القدر المقطوع، ولاتكون للمشترى إلا ان كان القطع من أعلى الشجرة فاذا كان كذلك فالنابت للمشترى لأنه نماء ملكه.

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أنها تتبع فتكون للمشترى. وعليه فان المشترى يستحق ابقاءها ولاأجرة لمدة البقاء. نعم تلزم المشترى الأجرة عند الشافعية فى شرط القطع أو القلع إذا طلب منه ولم يقطع أو

---

(١) وقال أيضا: والظاهر أن يقول يعنى الثمينى: ويدرك عليه رب الأرض قلعه أى قلع ذلك النابت أى قلع مثل الفسيل مالم يثمر فيكون الكلام فى النابت من أصل وذلك الأصل أيضا سواء فيه كان لايلزم قلعه أو يلزم بحسب ماوقع التملك. انظر شرح النيل، جـ٨، ص ٣٦٠ ، ٣٦٣.

(٢) أى فى النخل.

(٣) شرح النيل السابق.

يقلع.

وقال الرملي: إن كانت الأرض مستأجرة مع البائع للشجرة فله مطالبة المشتري بالأجرة بقية مدته، وخالف الطبلاوي فقال بعدم المطالبة.

أما الاباضية فعندهم حالات للنخل والشجر، وفي كل حالة خلاف في التبعية وعدمها.

المبحث الرابع

مدى تبعية المغرس والقرار للشجرة في البيع

(ملاحظة بخط اليد: ما هو المغرس؟ وما هو القرار؟ وما هو الحريم؟ وما هو موقف الفقهاء من تبعية هذه الأشياء للشجرة المبيعة في البيع مع ذكر الأدلة والمناقشة؟ وما هو مقدار الأرض الذي يتبع الشجرة عند القائلين بالتبعية؟)

المغرس بفتح الميم وكسر الراء: محل غرس الشجرة. ففي المصباح: غرزته غرزا من باب ضرب أثبته بالأرض، واغرزته بالألف لغة. وغرست الشجرة غرسا من باب ضرب فالشجر مغروس. فمغرس الشجرة موضع غرسها[١].

وقرار الشجرة مكان تمكنها واستقرارها وثباتها من الأرض. ففي المصباح: القرار اسم من قر الشئ من باب ضرب أي استقر بالمكان، والاستقرار التمكن، وقرار الأرض المستقر الثابت[٢].

وحريم الشجرة ماحولها من مرافق وحقوق. ففي المختار: «وحريم البئر وغيرها ماحولها من مرافقها وحقوقها»[٣].

وفي المصباح: «وحريم الشئ ماحوله من حقوقه ومرافقه سمي بذلك لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به»[٤]. فقرار الشجرة هو

---

(١) المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٤٥ (كتاب الغين).
(٢) المصباح السابق، جـ٢، ص ٤٩٦ (كتاب القاف ، مختار الصحاح، ص ٢٧٣.
(٣) مختار الصحاح، ص ٧٨.
(٤) المصباح المنير، جـ١، ص ١٣١ (كتاب الحاء).

مغرسها وهو خلاف حريمها.

والمغرس عند الفقهاء كالشافعية مختلف فيه. فبعضهم كالخطيب والطبلاوى قال: هو ماسامت أصل اشجرة فقط، ومازاد فهو حريم[(١)]، وبعضهم قال: هو ماسامت أصل الشجرة من الأرض وما يمتد إليه عروقها[(٢)].

قال الأسنوى: ولقائل أن يقول: هل الخلاف فيما يسامت الشجرة من الأرض دون مايمتد إليه أغصانها أم الخلاف فى الجميع؟ فان كان الثانى فيلزم أن يتجدد للمشترى كل وقت ملك لم يكن أ. هـ.

قال الشروانى: والأوجه ماقاله غيره: وهو مايسامت أصل الشجرة خاصة والموضع الذى ينتشر فيه عروق الشجرة حريم للمغرس حتى لايجوز للبائع أن يغرس إلى جانبها مايضرها[(٣)]، ومشهور المالكية أن حريم الشجرة والنخلة مايمتد فيه جريد النخلة وجذورها[(٤)].

وللفقهاء فى مدى تبعية المغرس والقرار والحريم لشجرته الرطبة فى البيع محل اتفاق، ومحل خلاف.

أولا: محل الاتفاق:

أنه إن كان شرط أو عرف عمل به. فان بيعت الشجرة على القطع فان الأرض لاتدخل فى البيع أى لاتتبع.

---

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١ . شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٤.

(٢) تحفة المحتاج السابق.

(٣) حاشية الشروانى على التحفة السابق.

(٤) أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١ . حاشية العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.

يقول ابن الهمام: «هل تدخل أرض الشجر فى البيع ببيعها إن اشتراها للقطع؟ لاتدخل بالاجماع»[١].

وفى الدر: «وأجمعوا على أنه لو اشتراها للقطع لم يدخل، وأنه لوشرط قدرا فعلى ماشرط. فليحفظ»[٢].

وفى مجمع الانهر: «قيد بالاطلاق لأنه لو اشتراها للقطع لاتدخل الأرض اتفاقا»[٣].

واتفقوا أيضا على أنه إن اشترى الشجرة بقرارها من الارض للترك والابقاء لاللقلع والقطع فانه يدخل فيها أرضها ولايجبر على القلع لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع، وله أن يغرس مكانها أخرى لأنه يغرس فى ملك نفسه[٤].

وفى مجمع الأنهر: «وإن اشتراها للقرار دخلت ماتحت الشجرة من الأرض بقدر غلظها دون ماتنتهى إليه العروق اتفاقا»[٥].

ويقول ابن عابدين: «وان اشتراها للقطع لاتدخل الأرض اتفاقا وإن للقرار تدخل اتفاقا»[٦].

أقول: وهذه النصوص وإن كانت للحنفية إلا أن سائر المذاهب يقولون بمثل ماتدل عليه يتضح ذلك مما سنذكره بعد[٧].

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ . مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦.
(٢) الدر السابق.
(٣) مجمع الأنهر السابق.
(٤) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧، شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ . مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦.
(٥) مجمع الأنهر السابق.
(٦) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.
(٧) انظر للمالكية فى الشرط والعرف. جواهر الأكليل، جـ٢، ص٥٩ . الشرح الكبير (=)

واتفقوا على أن مكان الشجرة اليابسة لايتبعها فى البيع، بل صرح الشافعية ببطلان البيع بشرط ابقائها، لأن النووى قال: ولو كانت الشجرة المبيعة مع الاطلاق يابسة ولم تدخل لكونها غير دعامة مثلا لزم المشترى القلع للعرف. قال الشروانى معلقا على قوله (ولم تدخل) الكلام هنا فى بيع الشجرة وحدها لافى بيعها تبعا لبيع الأرض حتى يتصور دخول اليابسة[(١)].

ثانيا: محل الخلاف:

ثم اختلفوا فيما لو أطلق فى شراء الشجرة أى لم يبين ولم يعين بأن شراءها للقطع أو للقلع أو للقرار أى للترك. وهذا الخلاف على قولين.

القول الأول: يدخل مكان الشجرة من الأرض فى البيع أى يتبعها فيكون للمشترى. وهو قول محمد من الحنفية. وذكر صاحب فتح القدير أنه رواية عن الامام أبى حنيفة[(٢)]. وفى مجمع النوازل والفتاوى الصغرى أنه المختار[(٣)].

(=) وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧٠ . الخرشى والعدوى، جـ٥، ص ١٨٠ . الشرح الصغير وحاشية الصاوى، جـ٤، ص ٣٠١ . وللشافعية: تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص٤٥٤. شرح المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١ . البيان، جـ٣، ورقة ٧٥ . الروضة، جـ٣، ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ . وللحنابلة: العنقرى على الروض، جـ٢، ص ١٢٩ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . ومعه الشرح، ص ٢٠٣ . الانصاف، جـ٥، ص ٥٦ ، ٥٧ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦ ، ٢٧٧.

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٥.

(٢) وقد ذكر الكاسانى أن ظاهر الرواية لم يذكر الخلاف فى المسألة ، وإنما وقع الخلاف بين أبى يوسف، ومحمد كما هو مذكور فى غير رواية الأصول. بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧ ، وفى شرح فتح القدير، والدر المستقى قولان لأبى حنيفة وقد مشينا على ذلك.

(٣) البدائع السابق، شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧. مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦ . الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦.
«ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو للقرار قال أبو يوسف: لايملك أرضها. وأدخل محمد ماتحتها وهو المختار...». حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

وهو قول المالكية حيث يرون تبعية القرار للشجرة فى البيع أى أن الشجرة فى البيع تتناول القرار تناولا شرعيا أى بعرف الشرع إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه.

يقول الدسوقى: «ومحل تناول العقد على البناء والشجر للأرض كان ذلك العقد بيعا أو غيره إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه، وإلا عمل بذلك الشرط أو العرف. فاذا اشترط البائع أو الراهن أو نحوهما افراد البناء أو الشجر عن الارض أو جرى العرف بافرادهما عن الأرض فى البيع أو الرهن أو نحوهما فلاتدخل الأرض فى العقد عليهما»(١).

قالوا: والعرف الشرعى خالف العرف اللغوى هنا حيث أن عرف اللغة يمنع تناول الأرض.

وفى هذا يقول الخرشى: «... فمنه مايخالف فيه عرف الشرع اللغة وهو المشار اليه بقول خليل: تناول البناء والشجر الارض»(٢).

قال العدوى: «أى فكلام المصنف من حيث الشرع.. وأما اللغة فلا تناول الأرض»(٣).

وبتبعية المغرس لشجرته فى البيع قال الشافعية فى مقابل الأصح. يقول المحلى: «والثانى وهو مقابل الأصح يدخل»(٤).

(١) الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٠ ، ١٧١ . وجاء فى الشرح المذكور «تناول البناء والشجر الأرض التى هى بها. أى العقد عليهما من بيع أو رهن أو وصية، وينبغى أن الهبة والصدقة والحبس كذلك».
قال الدسوقى: «أى تناول العقد عليهما الأرض تناولا شرعيا وإن لم يجر عرف بذلك التناول مالم يجر عرف بخلافه». وانظر جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ . وشرح الخرشى وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٠ . والشرح الصغير وحاشية الصاوى، جـ٤، ص ٣٠١.

(٢) شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.

(٣) العدوى على الخرشى السابق.

(٤) شرح جلال المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠.

وفي البيــان: «وهل يكون قـرارها داخـلا في البـيع؟ فـيـه وجـهـان. أحدهما: أنه داخل في البيع»(١).

وهو وجه للحنابلة ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الامام أحمد كما في الانصاف(٢)، وهو قــول للاباضيــة عند من يصـحح بيع الشـجـرة دون أرض محيطة بها(٣).

القول الثاني: لاتدخل أرض الشجرة (مكان الشجرة) في البيع أي لايتبعها في البيع فلا يكون للمشتري، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف. كما في الفتح(٤)، والدر(٥)، ولم يذكر البدائع(٦)، ومجمع الأنهر(٧). غير أبي

(١) البيـان للعمراني، جـ٣، ورقة ٧٥. وانظر. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٤٠٤، ٤٠٥. أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠١. تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٥٤. وقد ذكر صاحب شرح فتح القدير من الحنفية أنهما قولان للشافعي رحمه الله. شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧. وهو نقل صحيح من ناحية الخلاف في المذهب، والصواب وجهان للأصحاب لاقولان للشافعي. وانظر تتمية الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٨. الحاوي الكبير، جـ٦، ص ٢١٤.

(٢) «لو باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع؟ على وجهين ذكرهما القاضي ... وأن ظاهر كلام الامام أحمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها»، الانصاف، جـ٥، ص ٥٦، ٥٧. ونفس النص في قواعد ابن رجب، ص ٢٠٤. القاعدة/٨٥.

(٣) فعند الاباضية خلاف في صحة عقد البيع إن بيعت الشجرة بدون مايدل على أرض محيطة بها، وهذا الخلاف على قولين أصحهما بطلان البيع.
يقول أطفيش: «ومن باع شجرة أو نخلة دون أرض محيطة بها فسد بيعه إن لم يقل بكلها ومصالحها. وقيل: صح وتتبعها المصالح على أن بيعها بيع لمصالحها إذا كانت لاتعتبر بدون مصالحها. فمن باع نخلة أو غيرها من شجر أو جنانًا ولم يذكر مايسقى به ذلك فسد البيع على الأول وصح على الثاني فله مايسقى به إن كان له مسقى». شرح النيل، جـ٨، ص ٣٢٠.
أقول: يفهم من هذا النص أن المغرس والقرار يدخل في البيع عند من يصححه مع الاطلاق لأن المغرس من مصالح الشجرة، وبيعها بيع لمصالحها.

(٤) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧. ويقول ابن عابدين: «ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو للقرار. قال أبو يوسف: لايملك أرضها وأدخل محمد ماتحتها وهو المختار». حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

(٥) الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥، ١٦.

(٦) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧.

(٧) مجمع الانهر، جـ٢، ص ١٥، ١٦.

يوسف حيث اعتبر الخلاف بين محمد وأبى يوسف فقط.

وهو أصح الوجهين عند الشافعية[(١)]، ووجه عند الحنابلة ذكره القاضى وحكى عن اسحاق بن شاقلا [(٢)]، وهو قول ابن حزم

(١) فى البيان، جـ٣، ورقة ٧٥ . «وهل يكون قرارها داخلا فى البيع؟ فيه وجهان. أحدهما: أنه داخل فى البيع ... والثانى: أنه لايدخل ...» ويقول النووى: «وهل يدخل المغرس فى البيع؟ وجهان. أصحهما: لا ...» . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥.
وفى التحفة «والأصح فيما اذا استحق ابقاءها أنه لايدخل فى بيعها المغرس» قال الشروانى «أى استحق ابقاءها بشرط الابقاء، أو بالاطلاق والشجرة رطبة» . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٤ . وانظر. الأسنى، جـ٢، ص ١٠١ وعليه الرملى. حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠.
وفى الحاوى «فأما ماكان من الأرض قرارا للبناء والشجر، ففى دخوله فى البيع تبعا للبناء والشجر وجهان. أحدهما: لايدخل. والثانى: يدخل فى البيع ....» الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٤ . وفى شرح المحلى «والأصح أنه لايدخل فى بيعها المغرس أى موضع غرسها حيث أبقيت ... والثانى وهو مقابل الأصح يدخل ...» شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠ .
وعدم دخول المغرس فى بيع الشجرة ذكره ابن الهمام قولا للشافعى. شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧. والصواب أنه وجه للأصحاب.
والأصح عند الشافعية أنه لو استثنى البائع لنفسه شجرة من بستان باعه لم يدخل المغرس فى الاستثناء وله الانتفاع به. حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠ . وفى الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٤ . «ويجرى الخلاف فيما لو باع أرضا واستثنى لنفسه شجرة هل يبقى له مغرسها أولا ... والأصح منه أنه لايبقى المغرس»
ويقول المتولى فى مسألة بيع الأرض واستثناء الأشجار، وأن الأشجار تبقى على ماهى ولايكلف القطع لأن الأشجار تراد للدوام «وهل يبقى مغارسها على ملكه فعلى وجهين، وأصل المسألة : إذا اشترى شجرة هل يتبعها المغرس أم لا؟» تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٨ . وفى الأسنى، جـ٢، ص ١٠١ . «والمغرس لايتبع الشجر فى بيعه ولافى استثنائه من الأرض المبيعة لأن اسم الشجرة لايتناوله».
وهذا الخلاف يجرى فيما اذا باع أرضا فيها ميت مدفون هل يبقى له مكان الدفن أم لا؟ والأصح منه أن لايبقى مكان الميت لكن يستحق الانتفاع به مابقى شئ من أجزاء الميت غير عجب الذنب. ثم ان كان المشترى عالما بالميت فلا خيار له، وإلا فله الخيار. الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٤ . حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠.

(٢) فى الانصاف، جـ٥، ص ٥٦ . «لو باع شجرة فهل يدخل منبتها فى البيع؟ على وجهين ذكرهما القاضى،وحكى عن ابن شاقلا أنه لايدخل ...». وفى المغنى والشرح «وان (=)

الظاهرى[١].

الأدلـــــــة:

دليل القول الأول: استدل من قال بتبعية المغرس فى البيع بالآتى:

قالوا: ان المسمى فى البيع هو الشجرة، وهى اسم للقائم على أرضها بعروقها، فأما بعد القلع فهى خشب لاشجر فلابد وأن تدخل الأرض فيه ولهذا دخلت فى الاقرار بالاجماع بأن أقر لرجل بشجر فى أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا[٢]، وفى الفتح «لأنه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الأرض، وإلا فهو جذع وحطب فيدخل من الأرض مايتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة»[٣].

وفى مجمع الأنهر: «... لتضمنه القرار اذ الشجر إسم للمستقر على الأرض، ولاقرار بدونها فيتقدر بقدرها كما لو أقر بالشجرة لفلان تدخل أرضها وكما لو اقتسمها»[٤]. أى قياسا على الاقرار والقسمة.

(=) باعه شجرا لم تدخل الارض فى البيع ذكره أبو اسحاق بن شاقلا» المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٣ . ويقول البهوتى: «ولايدخل منبتها من الأرض تبعا لها ...» كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ . وانظر العنقرى فى حاشيته على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩ ، حيث نقله عن المنتهى وشرحه. فصاحب المغنى والشرح، والبهوتى لم يذكروا غير هذا الوجه مما يدل على أنه الأقوى فى المذهب. ويقول ابن رجب: «... فأما إن باع شجرة فهل يدخل منبتها فى البيع؟ على وجهين ذكرهما القاضى، وحكى عن ابن شاقلا أنه لايدخل وان ظاهر كلام أحمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هى له بأصلها؟ ...» . القواعد لابن رجب، ص ٢٠٤ . القاعدة/ ٨٥.

(١) جاء فى المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨، مسألة، ١٥٩٣. «ومن ابتاع أنقاضا أو شجرا دون الأرض، فكل ذلك يقلع ولابد» . أقول: وهذا يعنى أن الأرض لاتتبع الشجرة المبيعة عند الاطلاق ومن ثم يجبر المشترى للشجرة وحدها على قلعها ليخلى ملك البائع.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧.

(٣) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٤) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦. وانظر عليه الدر المنتقى. وانظر الانصاف، جـ٥، ص٥٦،٥٧. «ظاهر كلام أحمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هى له بأصلها».

وفى البيـان: «... أنه داخل فى البيع لأن قوامها به فجرى مجرى أصل الشجرة»[١].

وفى شرح المحلى: «... والثانى وهو مقابلُ الأصح يدخل لاستحقاق منفعته[٢]، لاإلى غاية»[٣].

ويقول الماوردى: «والثانى يدخل فى البيع لأنه لاقوام للبناء والشجر إلا به فخالف بياض الأرض الذى يستغنى عنه»[٤].

المناقشـــة:

وقد أجاب أبو يوسف على قياس محمد البيع على الاقرار فقال: وإنما دخلت الأرض فى الاقرار بالشجرة لأن الاقرار إخبار عن كائن فلابد من كون سابق على الاقرار، وهو قيامها فى الأرض التى هى قرارها.

قال: وذلك دليل كون الأرض للمقر له بسبب سابق فكان الاقرار بكون الشجرة له إقرار بكون الأرض له أيضا، ومثل هذه الدلالة لم توجد فى البيع فلا يدخل قرار الشجرة[٥].

دليل القول الثانى: استدل من قال بعدم تبعية المغرس فى البيع بالآتى:

---

(١) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٥.

(٢) ليس من المنفعة المقصودة هنا أن له إجارته أو وضع متاع فيه أو إعارته بل المقصود أن له منع البائع أن يفعل فيه مايضر بالشجرة بخلاف مالايضرها فله فعله ولو بنحو زرع. حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠.

(٣) شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٤.

(٥) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧ . وهو جواب أيضا على من قال من الحنابلة أن ظاهر كلام أحمد الدخول قياسا على قوله فيمن أقر بشجرة لرجل هى له بأصلها لاحظ الانصاف، جـ٥، ص ٥٦ ، ٥٧ . وقد سبق نصه بالهامش.

قالوا: ان الأرض أصل والشجرة تابعة لها ألا ترى أنها تدخل فى بيع الأرض من غير شرط تبعا للأرض فلو دخلت فى بيع الشجرة لاستتبع التبع الأصل وهذا قلب للحقيقة[١].

وفى الفتح: «لأن الأرض أصل والشجر تبع فلا ينقلب الأصل تبعا»[٢].

وفى مجمع الأنهر: «... خلافا لأبى يوسف فانه قال: دخل عينها[٣]، لاغير كما فى الشراء للقطع إذ الأرض الأصل والشجر تبع فلو دخلت الأرض يصير الأصل تبعا»[٤].

وفى الحاوى: «... لايدخل لأن الأرض أصل والبناء والشجر فرع فاذا بيعت الأرض جاز أن يتبعها فرعها، واذا بيع البناء والشجر لم تتبعه الأرض التى هى الأصل»[٥].

وفى البيان: «... لأن اسم الشجرة لايقع على قرارها»[٦].

وفى المغنى والشرح: «لأن الاسم لايتناولها[٧]، ولاهى تبع للمبيع»[٨].

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧.
(٢) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.
(٣) أى عين الشجرة.
(٤) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥، ١٦.
(٥) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٤.
(٦) البيان للعمرانى، جـ٣، ،ورقة، ٧٥ . وانظر روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ . شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٤، ٤٥٥ . اسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١.
(٧) أى اسم الشجرة لايتناول أرضها.
(٨) المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٣ . وانظر الأسنى، جـ٢، ص ١٠١.

ويقول البهوتي: «ولايدخل منبتها من الأرض تبعا لها لأن اللفظ قاصر عنه، والمغرس أصل فلا يكون تبعا إلا بشرط»[١].

المقدار الذى يدخل فى البيع من أرض الشجرة عند القائلين بالتبعية:

اختلف القائلون بتبعية المغرس للشجرة المبيعة فى المقدار الذى يتبعها على أقوال خمسة.

القول الأول: أنه يدخل ماتحتها بقدر غلظ ساقها. وهو المختار عند الحنفية وهو وجه للشافعية، ذكره ابن الهمام قولا للامام الشافعى.

وهو قول للمالكية فلا يدخل حريمها[٢]، كذا أفاده السنهورى والتتائى والشيخ خضر، والشيخ سالم، فطريقة هؤلاء من المالكية أن العقد على الشجرة يتناول مكان جدرها فقط، ورجحها أشهب ومشى عليها الدردير فى الشرح الكبير. واحتج الحنفية بأنه دخول بالضرورة فيقدر بقدرها.

وعند اصحاب هذا القول أنه لايدخل حريم الشجرة إلا بالشرط.

القول الثانى: أنه يدخل بقدر ساقها.

القول الثالث: أنه يدخل بقدر ظلها عند الزوال.

القول الرابع: أنه يدخل بقدر عروقها العظام.

وهذه الثلاثة أقوال عند الحنفية.

---

(١) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ . ولاحظ العنقرى فى حاشيته على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩.

(٢) حريم الشجرة: هو مما يمتد فيه جريد النخلة وجدرها. حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧٠ . أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١ . وفيه «والمراد بأرض الشجر مايمتد فيه جريد النخلة وجذروها المسمى بالحريم. هذا هو المشهور».

القول الخامس: أنه يدخل الحريم في العقد. وهو مايمتد فيه عروق الشجرة، وجريد النخلة وجذورها من الأرض على المشهور عند المالكية، واستظهر دخول الحريم الشيخ أحمد الزرقانى وهو مافى الذخيرة ورجحه بعض.

وقد ورد تحديد الحريم فى السنة. فعن ابن عمر رضى الله عنهما: «أن النبى - ﷺ - جعل حريم النخلة مدّ جريدها»(١).

واختلف الترجيح عند المالكية، فالبعض رجح دخول الحريم، والبعض رجح عدم دخوله.

يقول العدوى: «فلا يدخل حريمها كذا أفاده السنهورى والتتائى والشيخ خضر، واستظهر دخوله الشيخ أحمد، ويؤيده قول الذخيرة: يتناول لفظ الشجر الأغصان والأوراق والعروق ا. هـ. وفى شرح أشهب ترجيح ماللسنهورى والتتائى. قال بعض الشيوخ: وليعول عليه لأنه عزى لجماعة».

قال العدوى: «وأقول بل الذى ينبغى التعويل عليه كلام الذخيرة وإليه نحا البعض كابن عتاب»(٢).

ودخول الحريم فى البيع وجه عند الشافعية(٣).

---

(١) والحديث رواه الطبرانى فى الكبير. وفيه: منصور بن صُقَير، وهو ضعيف . مجمع الزوائد، جـ٤، ص ١٢٠ . كتاب البيوع (باب فى حريم النخلة)، رقم ٦٢٧٧.

(٢) حاشية العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.

(٣) أنظر للحنفية شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ . مجمع الانهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦ . حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩ . الدر المنتقى على مجمع الأنهر السابق. بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧ .
وانظر للمالكية. حاشية الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٠ ، ١٧١ . شرح الخرشى ومعه حاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٠ . الشرح الصغير ومعه بلغة السالك، جـ٤، (=)

ويلاحظ أن الخلاف السابق انما هو عند عدم اشتراط المشترى قدرا معينا فان شرط قدرا فعلى ماشرط «ولو شرط قدرا فعلى ماشرط»(١).

وفى مجمع الأنهر: «هذا إذا لم يعين قدرا فان عين يدخل المعين»(٢).

وفى الدر: «وأجمعوا على أنه لو شرط قدرا فعلى ماشرط فليحفظ»(٣).

الراجح فى مدى تبعية مكان الشجر من الأرض فى البيع، وثمرة الخلاف:

أقول: والراجح من وجهة النظر أنه عند الاطلاق فى بيع الشجرة الحية وهى الرطبة هو القول الثانى الذاهب أهله إلى عدم تبعية مكان الشجرة فى البيع لقوة دليله وضعف قياس المخالف. ولأن المشترى هو الذى قد حدث منه التقصير بعدم اشتراطه وقت الشراء فيتحمل نتيجة تقصيره مادام لم يجر بالتبعية عرف.

أما عن ثمرة الخلاف فنقول:

إن ثمرة الخلاف بين القولين تظهر فيما لو انقلعت هذه الشجرة. فانه على القول بالتبعية كان للمشترى أن يقيم مكانها فى قرارها وله بيع المغرس أما على القول بعدم التبعة فليس للمشترى أن يقيم مكانها فى

(=) ص ٣٠١ . جواهر الأكليل، جـ٢، ص ٥٩ .
وانظر للشافعية: أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١ . شرح المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٤ ، ٤٥٥.

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٢) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦.

(٣) الدر المنتقى على مجمع الأنهر السابق.

قرارها لأن قرارها حينئذ للبائع، ومن باب أولى ليس له التصرف فى المغرس ببيع ونحوه . وعلي القول بالتبعية لايجبر المشترى على القلع لأنه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع وله -كما تقدم- أن يغرس مكانها أخرى لأنه يغرس فى ملك نفسه[1].

والمشترى وإن كان ممنوعا من اقامة مكانها فى قرارها إن انقلعت على القول بعدم التبعية إلا أن من الفقهاء كالشافعية والحنابلة يصرحون بأنه يستحق منفعة المغرس مابقيت الشجرة. وليس من المنفعة المقصودة هنا أن له إجارته أو وضع متاع فيه أو إعارته بل المقصود أن له منع البائع أن يفعل فيه مايضر بالشجرة بخلاف مالايضرها فله فعله ولو بنحو زرع، وخلفها مثلها وإن أزيلت، وكذا مانبت من محل قطعها وله عودها بعد قلعها إن كانت حيَّة تنبت وإلا فلا. وليس له غرس بدلها مكانها ولاإبقاؤها إن جفت وله وصل غصن بها فى حياتها ولايطالب المشترى بقطعة إل إذا زاد على ماتقتضيه عادة أغصانها. ويلاحظ أن للمشترى الانتفاع على الوجه السابق وإن بيع المغرس[2].

فعند الشافعية يقول العمرانى فيما تقدم: «ذكر الطبرى فى العدة إذا اشترى شجرة فى أرض ملك الشجرة وله تبقيتها فى أرضها إلى أن تستقلع[3]، وهل يكون قرارها داخلا فى البيع؟ فيه وجهان. أحدهما: أنه

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٥ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ . شرح المحلى وحواشيه، جـ٢، ص ٢٣٠ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١ . الانصاف، جـ٥، ص ٥٦ ، ٥٧ . قواعد ابن رجب، ص ٢٠٤، القاعدة/ ٨٥ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦ ، ٢٧٧. العنقرى على الروض، جـ٢، ص ١٢٩ . ولاحظ فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧. بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٧ . مجمع الانهر، جـ٢، ص ١٥ ، ١٦ . المحلى لابن حزم، جـ٧، ص ٥٩٨، مسألة، ١٥٩٣.

(٢) شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠.

(٣) سيأتى خلاف الفقهاء فى الجبر على القطع أو القلع.

داخل فى البيع لأن قوامها به فيجرى مجرى أصل الشجرة. فعلى هذا إذا انقلعت هذه الشجرة كان له أن يقيم مكانها فى قرارها. والثانى أنه لايدخل لأن اسم الشجرة لايقع على قرارها، فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة كان قرارها للبائع»[١].

ويقول النووى: «فان أدخلناه فانقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له غرس بدلها، وله بيع المغرس. وإلا فلا». قال: «قلت : وإذا لم يدخل المغرس فليس للبائع قلع الشجرة مجانا، وهل يجب عليه ابقاؤها ماأراد المشترى أم له قلعها بغير رضاه ويغرم مانقص بالقلع كالعارية؟ وجهان محكيان فى النهاية والبسيط فى كتاب الرهن أصحهما الأول»[٢].

ويقول الشيخ زكريا فى حالة القول بعدم التبعية: لكن يجب على مالك المغرس ابقاء الشجرة فيه بحكم استتباع المنفعة لاعلى سبيل الملك أ.هـ.

وإذا كان الابقاء بحكم استتباع المنفعة، فان الرملى قال: فلاأجرة لمالك المغرس فى مدة بقائها.

قال الشيخ زكريا: فلو انقلعت أو قلعت لم يكن لمالكها أن يغرس فيه بدلها.

قال الرملى فى حاشيته: قال فى المطلب: ومما تعم به البلوى ولم أره منقولا أن يبيع الشجر أو البناء والأرض فى إجارته ولم تنقص المدة وعلم المشترى بذلك. فهل نقول يستحق الابقاء بقية المدة بالأجرة وهو الأشبه[٣]،

---

(١) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٥.

(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ . فتبقية الشجرة بالأرض عند الاطلاق فى البيع هو أصح الوجهين عند الشافعية إذا قلنا بعدم تبعية القرار.

(٣) قوله وهو الأشبه: إشارة إلى تصحيحه. الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١.

وعليه العمل، أو مجانا كالمملوكة؟ قال: فلو كانت الأرض موصى بمنفعتها فيشبه أنها كالمملوكة لأن المنفعة ملكه دائما تورث عنه.

قال الرملي: وأقول: بل الأشبه أن المؤجرة والموصى. بمنفعتها مدة معينة كذلك تلك المدة[١].

لكن ماالحكم مالو بذل مالك المغرس أرش القطع لمالك الشجرة أو أراد قطعها؟ الجواب: أنه يجب عليه ابقاؤها ولايجوز له قطعها[٢].

والهيتمى فى عرضه للمسألة على القول بعدم تبعية المغرس يقول: لكن يستحق منفعته بلاعوض[٣]، مابقيت الشجرة[٤] حية[٥]، هنا[٦] ان استحق البائع الابقاء ... فلو قلعت لم يجز له غرس بدلها بخلافها[٧]، إن بقيت[٨].

(١) أسنى المطالب وعليه حاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠١.

(٢) الأسنى السابق. وقد سبق فى نص الروضة أن فى ذلك وجهين . لكن جرت عادة الشيخ زكريا فى الأسنى أنه لايذكر إلا الوجه الأصح أو القول الأظهر.

(٣) قال الشروانى: فيجب على مالكه أو مستحق منفعته باجارة أو وصية تمكينه من الانتفاع به على العادة بالاشجار، وليس له الرقود تحتها لما فيه من الضرر بالبائع. ولو بذل مالكه أرشى القلع لمالكها وأراد قلعها لم يجز له ذلك كما فى النهاية والمغنى. أى لم يجز بغير رضا مالك الشجرة أما معه فيحتمل جوازه لأنه بذل لغرض صحيح وهو تفريغ ملكه واستظهر الشروانى الجواز عند الرضا حيث قال: والجواز بالرضا هو الظاهر. حاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٤.

(٤) وهل للمشترى وصل غصن بتلك الشجرة من غير جنسها؟ قال الشروانى: يظهر أن له ذلك. فلو كبر ذلك وتفرع وأضر بالبائع فهل له أمره بقطعه؟ قال الشروانى: ينبغى أن يقال: إن حصل منه مالا يحصل عادة من مثل تلك الشجرة أمره بقطعه وإلا فلا. حاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٤.

(٥) فاذا انقلعت أو قلعها كان له أن يعيدها مادامت حية لابدلها قاله الزيادى .

(٦) قوله: هذا. أى استحقاق المنفعة المعبر عنه فى المتن «بلكن يستحق منفعته ...الخ».

(٧) أى بخلاف غرس الشجرة المقلوعة.

(٨) أى ان بقيت وكانت تصلح للثبات.

أنظر فيما تقدم. حاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ . وانظر تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٤.

ويقول العبادى فى كون المشترى يستحق منفعة المغرس بلا عوض: فلا فرق بين أن يكون المغرس مملوكا للبائع، أو تستحق منفعة بنحو اجارة أو وصية، وهو ظاهر إن جهل المشترى، أما إذا علم فلا يستحق فى صورة الاجارة الابقاء بقية المدة إلا بأجرة على مابحثه فى المطلب. ومراده بالاجرة رجوع البائع عليه بأجرة المثل لما بقى كما صرح به الزركشى[١]. وعلى القول بالتبقية وهو الأصح: فانه يمتنع على البائع ان يغرس فى قرار الشجرة ومغرسها مايضر بها، وكذلك يمتنع عليه التصرف فى ظاهر الأرض بما يتولد منه ضرر للشجرة لكن لو امتدت العروق إلى موضع كان للبائع فيه بناء أو زرع قبل بيع الشجرة واحتيج إلى إزالة أحدهما لدفع ضرر الآخر، فهل يكلف البائع إزالة ملكه لدفع ضرر المشترى، أو يكلف المشترى قطع ماامتد من العروق لسلامة ملك البائع، وكون استحقاقه لذلك سابقا على ملك المشترى؟

قال الشروانى: فيه نظر. ثم قال: والأقرب الأول، وهو تكليف البائع ازالة مايضر بالمشترى لأن البائع حيث لم يشترط القطع راض بما يتولد من الضرر[٢].

وعند الحنابلة يقول المرداوى بعد أن ذكر الخلاف فى مدى تبعية المغرس لشجرته المبيعة مع الاطلاق فى البيع: «وعلى هذا لو انقلعت فله اعادة غيرها مكانها[٣]، ولايجوز ذلك على قول ابن شاقلا[٤]، كالزرع إذا حصد فلا يكون له فى الأرض سوى حق الانتفاع. ذكره ابن رجب[٥]، فى القاعدة

(١) حاشية العبادى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٤.

(٢) الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٤.

(٣) أى على الوجه القائل بالتبعية. أى للمشترى إعادة شجرة أخرى غير الشجرة التى اشتراها وانقلعت.

(٤) وهو الوجه القائل بعدم التبعية.

(١) يقول ابن رجب فى القاعدة الخامسة والثمانين: «.. ومنها .. فأما إن باع شجرة فهل(=)

الخامسة والثامنين».

وعلى وجه عدم التبعية يثبت للمشترى حق الانتفاع «قال أبو الخطاب وغيره: ويثبت للمشترى حق الاجتياز، وله الدخول لمصالحها»[١].

ويقول البهوتى: «إن باع رب البستان إنسانا شجرة فأكثر من بستانه فللمشترى تبقيتها فى أرض البائع إن لم يشترط قلعها كثمر على شجر بيع بعد بدو صلاحه، ويثبت للمشترى حق الاجتياز اليها لدلالة الحال عليه، وللمشترى الدخول لمصالحها من نحو سقى وتأبير ... ولايدخل منبتها من الأرض تبعا لها لأن اللفظ قاصر عنه والمغرس أصل فلا يكون تبعا إلا بشرط». وهل يبطل البيع بشغلها بمساقاة ونحوها؟

قال البهوتى: بل يكون للمشترى حق الانتفاع فى الارض النابتة بها فلو انقلعت الشجرة أو بادت لم يملك اعادة غيرها مكانها لأنه لم يملكه، وانقطع حقه من الانتفاع بذلك[٢].

والابقاء يكون بلاأجرة. وهو وجه عند الشافعية كما تقدم قال فى المنتهى وشرحه: «ومن اشترى شجرة أو نخلة فأكثر لم تتبعها أرضها وإن لم يشترط قطعها أبقاها فى أرض بائع كثمرة على شجرة بلاأجرة. ولايغرس مكانها لو بادت لأنه لم يملكه، وللمشترى الدخول لمصلحتها لثبوت حق الاجتياز له، ولايدخل لتفرج ونحوه[٣].

(=) يدخل منبتها فى البيع؟ على وجهين ذكرهما القاضى، وحكى عن ابن شاقلا أنه لايدخل، وإن ظاهر كلام احمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هى له بأصلها؟ وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها، ولايجوز ذلك على قول ابن شاقلا كالزرع إذا حصد فلايكون له فى الأرض سوى حق الانتفاع» . القواعد لابن رجب، جـ٤ ٢٠.

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٥٦.

(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦ ، ٢٧٧ . وهذا تفريع على الوجه القائل بعدم تبعية المغرس.

(٣) وهو نفس كلام الشافعية السابق فعندهم «وليس له الرقود تحتها».

قال العنقرى: بعد ذكره لكلام المنتهى وشرحه معلقا على اطلاق القول بعدم غرس مكان الشجرة لو بادت «الظاهر أنه يفصل فيما إذا قطعت، وبين ماإذا قطعت بفعل المشترى أو البائع أو أجنبى، وأنه إن كان بفعل المشترى لايغرس مكانها لأنه فوت على نفسه، ويغرس فى الآخرين»[١].

البياض الذي بين الشجر، والبناء:

جاء فى الحاوى: أنه إذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الارض فبياض الأرض الذى بين البناء والشجر لايدخل فى البيع لايختلف . والفرق بين أن تباع الأرض فيتبعها البناء والشجر، وبين أن يباع البناء والشجر فلاتتبعهما الأرض: أن الأرض أصل، والبناء والشجر فرع، فاذا بيعت الأرض جاز أن يتبعها فرعها، واذا بيع البناء والشجر لم تتبعه الارض التي هى الأصل.

وخالف بياض الارض مغرس الشجرة وقرارها على القول بدخول المغرس أن بياض الأرض يستغنى عنه، أما المغرس فلا قوام للبناء والشجر إلا به[٢].

الحكم مالو أجر البائع الأرض لغير مالك الشجرة:

هذا المسألة مفرعة على القول بأن للمشترى حق الانتفاع بالمغرس وإن لم يتبع شجرته فى البيع. فلو أجر البائع الأرض لغير مالك الشجرة فالقياس صحة الاجارة، ويثبت الخيار للمستأجر إن جهل استحقاق منفعة المغرس لغير البائع[٣].

---

(١) العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٩.
(٢) الحاوى الكبير، جـ٢، ص ٢١٤.
(٣) الشروانى علي التحفة، جـ٤، ص ٤٥٤.

حكم استئجار مشترى الشجرة لمغرسها، وشرائه له:

لو أراد مشترى الشجرة على القلع أو القطع استئجار المغرس ليبقيها فيه فللقفال فيه جوابان. والذى استقر رأيه عليه المنع بخلاف غاصب استأجر محل غرسه[١]، ليبقيه فيه لأن المحل هنا[٢]، بيد المالك للشجرة فيمكن قبضه عن الاجارة، وثم بيد البائع فلا يمكن قبضه عن الاجارة قبل مشترط القلع أو القطع.

وقياس ماتقدم أنه لايصح شراؤه له أيضا. قال فى التحفة: فان قلت: لم يكن شغله بالشجرة كشغل الدار بأمتعة المشترى؟ قلت: قد يفرق بأن تلك يتأتى التفريغ منها فلا تعد حائلا بخلاف هذه لأن المقصد باستئجار أو شراء محلها إدامة بقائها[٣].

---

(١) أى غاصب أرض غرس فيها شجرا، ثم استأجر محل غرسه فان استئجاره صحيح. الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٥٣.

(٢) أى فى مسألة الغصب.

(٣) تحفة المحتاج والشروانى والعبادى السابق.

مهم ٢٠٠٥

س - إذا كانت الثمرة لبائع الشجرة فهل يجبر البائع
على قطع هذه الثمرة ؟
ناقش هذه العبارة على ضوء أقوال الفقهاء وأدلتهم مع الترجيح .

الفصل الخامس

الفصل الخامس

متفـرقات فى فـروع

وفيه ثمانية فروع.

الفرع الأول

مدى جبـر البـائع
على قطع الثمرة إن كانت له

إن كانت الثمرة لبائع الشجرة كما يقول الحنفية ومن وافقهم[١]، أو كانت له بالتأبير في النخل، وبظهور الثمرة في غيره، أو باشتراطها قبل التأبير أو الظهور كما يقول الجمهور[٢]، لو كان ذلك كذلك فهل يجبر البائع على قطع الثمرة ليخلى الشجرة لمشتريها ؟ أم تبقى إلى وقت معلوم؟

وللفقهاء فى هذا الصدد قولان:

القول الأول: يجبر البائع على قطع الثمرة إلا إذا رضى مشترى الشجرة ببقائها إلى الادراك، فان لم يرض وجب على البائع قطعها، وبه قال الحنفية[٣]. وقال به الماوردى وصاحب التتمة من الشافعية إذا صارت له

(١) تقدم عندهم أنها لاتدخل فى بيع الشجرة إلا باشتراطها من المشترى، فان لم يشترطها كانت للبائع على كل حال.

(٢) راجع ماتقدم فى مدى تبعية الثمرة للنخل وغيره من الشجر فى البيع.

(٣) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ . مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦ . الاختيار، جـ٢، ص ٥ . شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ . تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦ . ونقله ابنا قدامة فى المغنى والشرح هكذا . المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ . والعمرانى فى البيان، جـ٣، ورقة ٧٤. «وقال أبو حنيفة: يجبر على القطع فى الحال» . والشاشى فى حلية العلماء، جـ٢، ص٥٤٩. «وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعه فى الحال» . والماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ . «وقال أبو حنيفة على البائع قطعها ولايلزم المشترى تركها» والمتولى فى تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦ . «وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها وتفريغ ملك المشترى».

بالاستثناء[١]، قال في الحاوى: «إذا صارت ثمرة النخلة للبائع فلا يخلو حالها من أحد أمرين. إما أن تصير له بالاستثناء فعلى البائع قطعها فى الحال ولايلزم المشترى تركها على نخله إلا باختياره ...»[٢].

وللحنفية فى البدائع: «إذا لم تدخل الثمرة بنفس البيع يجبر البائع على قطعها من الشجرة، وليس له أن يتركها على الشجرة إلى وقت الادراك ... وسواء أبر أم لم يؤبر بأن كان المبيع نخلا، بعد أن ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها ليس له أن يتركها على شجرة المشترى إلا برضاه»[٣].

ويقول ابن الهمام: «إذا كانت الثمرة للبائع يقال له: اقطعها وسلم المبيع»[٤].

وفى الاختيار: «ثمرة الشجرة المبيعة للبائع، ويقال للبائع: اقطع الثمرة وسلم المبيع»[٥].

وفى الهداية وشرح العناية: «ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشترى عن ملكه بقطع الثمرة»[٦].

وفى مجمع الأنهر: «ويقال للبائع على تقدير عدم الدخول: اقطعها أى الثمرة[٧]، وسلم المبيع فان التسليم لازم عليه وذلك لايكون إلا بالتخلية»[٨].

---

(١) حيث لاتصير الثمرة للبائع بالاستثناء عند الشافعية إلا اذا كانت غير مؤبرة أما المؤبرة فهى له عند الاطلاق فى العقد عملا بمنطوق النص الحاكم للموضوع.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ . وانظر تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦.

(٣) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.

(٤) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٥) الاختيار، جـ٢، ص ٥.

(٦) الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦.

(٧) وتأنيث الضمير لما أن الاسم الذى يفرق بينه وبين واحده بالتاء يذكر ويؤنث.

(٨) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.

وفى الدر: «ويقال للبائع: اقطعها أى الثمرة وإن لم يظهر صلاحه، وسلم المبيع أى الأرض والشجر للمشترى إذا أنقد الثمن»[١].

ويقول الحصكفى: «ويؤمر البائع بقطعهما» الزرع والثمر (وتسليم المبيع) الأرض والشجر عند وجوب تسليمهما فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به. خانية (وإن لم يظهر صلاحهما) .

قال ابن عابدين معلقا: (قوله: ويؤمر البائع بقطعهما) أى فيما إذا باع أرضا فيها زرع لم يسمه أو شجرا عليها ثمر لم يشترطه حتى بقى الزرع والثمر على ملك البائع.

(قوله: عند وجوب تسليمهما) أى تسليم الأرض والشجر وذلك عند نقد المشترى الثمن (قوله: لم يؤمر به) أى بالقطع لعدم وجوب التسليم[٢].

وقال الحنفية: أنه لو تركها على الشجرة إلى أن أدركت، فان كان الترك باذن المشترى طاب له الفضل، وإن كان بغير إذن المشترى ينظر. إن كان قد تناهى عظمها يطيب له الفضل لأنها لاتزداد بعد ذلك بل تنقص، وإن كان صغارا لم يتناه عظمها لايطيب له الفضل لأنه تولد من أصل مملوك لغيره[٣].

وجبر البائع على قطع ثمرته عند الحنفية مشروط بوجوب تسليم الشجر للمشترى ويكون ذلك بنقد مشترى الشجرة ثمنها للبائع فان لم ينقده الثمن فلا جبر لعدم وجوب التسليم[٤].

(١) الدر المنتقى على مجمع الانهر السابق.
(٢) حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٩.
(٣) بدائع الصنائع، جـ٥ ، ص ١٦٦.
(٤) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

القـــول الثـاني: الثـمـرة إذا بقـيت للبـــائع لكونهـا مـؤبرة فى النخل، وبظهـورها فى غـيـره، أو بشـرط فى غـيـرهـمـا فـان له تركهـا على الشـجـر إلى أوان الجـذاذ، والقطاف، واللقـاط من الشـجـر[١]، على ماجرت به العادة ســواء اســتحقها البائع بشـرطه أو بظهــورها، فــلا يجـبــر على القطـــع. وبه قــالت المذاهــب الثــلاثة[٢]،

(١) الجذاذ: بضم الجيم، وكسرها، وفتحها، وباهمال الدالين وحكي إعجامهما أى (بالذال) القطع. أى قطع الثمرة. يقال: قد أجزّ النخل أى حان له أن يجذ، وهذا زمان الجذاذ، وجذّ الشئ إذا قطعه، وكذا الجذاذ فى الرطبة هو قطعها أيضا. النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٨١ . المصباح المنير، جـ١، ص ٩٩ (كتاب الجيم) . المعجم الوسيط، جـ١، ص ١١٢ ، ١٢٠. وفى مختار الصحاح، ص ٥٩ (ج ذ ذ) جذّ كسره وقطعه، وبابه ردّ. والجذاذ بضم الجيم وكسرها ماكسر منه، والضم أفصح، وعطاء غير مجذوذ، أى غير مقطوع.
والجذاذات: القرضات. وفى شرح الزركشى: والجذاذ بفتح الجيم وكسرها، وباهمال الدال واعجامها. يقال: جد النخلة وغيرها. حكاه بمعناه فى المطلع عن ابن سيدة، والأفصح فتح الجيم واهمال الدال. شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٨٩ بالهامش.
وفى شرح الخرشى: والجذاذ بالمعجمة والمهملة: هو قطع ثمار النخل وقطافها. قال العدوى: قوله بالمعجمة والمهملة: مثلث الأول فيهما ويصح كل منهما لأن معناهما واحد. شرح الخرشى وعليه حاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٧، مجلد/ ٣.
والقطاف : بكسر القاف وفتحها وقت القطف. وقطف العنب من باب ضرب. والقطف بالكسر العنقود وبجمعه جاء القرآن فى قوله تعالى: ﴿قطوفها دانية﴾ . مختار الصحاح، ص ٢٨٠ «ق ط ف» . المصباح المنير، جـ٢، ص ٥٠٩ (قطف) . العدوى على الخرشى، جـ٥، ص ١٨٧ ، ١٨٨ . واللقاط: الأخذ . لقط الشئ أخذه من الأرض من باب نصر. والتقطه أيضا، ويقال: لكل ساقطة لاقطة. أي لكل ماندر من كلمة من يسمعها ويذيعها. واللقط بفتحتين ماالتقط من الشئ، ومنه لقط المعدن وهى قطع ذهب توجد فيه. ولقط السنبل الذى يلتقطه الناس، وكذا لقاط السنبل بالضم. وتلقط الثمر، التقطه من هاهنا وهاهنا. مختار الصحاح، ص ٣٠٨ (ل ق ط) . المصباح المنير، جـ٢، ص٥٥٧ (لقط).

(٢) نقله ابن الهمام وهو نقل صحيح. قال: «وقال الشافعى ومالك وأحمد: يترك حتى يظهر صلاح الثمرة» . شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦ . ونقله الزيلعى عن الشافعى. قال: «وقال الشافعى: يترك حتى يظهر صلاح الثمر» تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . وأيضا الكاسانى. قال: «وعند الشافعى لايجبر وله أن يترك الثمرة على الشجر إلى وقت الادراك». بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ . وأيضا صاحب الهداية فى، جـ٥، ص ٤٨٦. مع فتح القدير. وصاحب مجمع الأنهر فى، جـ٢، صّ ١٦ . «وعند الأئمة الثلاثة (=)

المالكيـــة[١]، والشافعية، وقيده الماوردى فى الحاوى، والمتولى فى تتمة الابانة بالثمرة التى صارت له بالتأبير فقط أى التى له عند الاطلاق فى العقد. والبعض أطلق الحكم سواء كانت له بالتأبير أو بالشرط[٢] وبعدم

(=) للبائع تركها حتى يظهر صلاح الثمر» . والشاشى فى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٩ . «وبه قال مالك وأحمد» ونقله ابنا قدامة عن مالك والشافعى . المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص٢٠٦ - ٢٠٨ . وكل هذه النقولات صحيحة موافقة لما فى مصادر المذاهب المنقول عنها.

(١) جاء عند المالكية: «للبائع والمشترى إذا كان الأصل لأحدهما والثمر للآخر، أو بينهما. السقى إلى الوقت الذى جرت العادة بجذ الثمر فيه» الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٣ ، ١٧٤ . وانظر الدسوقى على الشرح السابق، والخرشى والعدوى، جـ٥، ص ١٨٣ . وأقول: هذا النص يدل على أنهم يقولون ببقاء الثمرة الى الوقت الذى جرت العادة بجذ الثمرة فيه فلا يجبر على القطع قبله بدلالة أن له السقى إلى هذا الوقت ان كانت الثمرة له. ومذهب المالكية نقله الكثير على هذا كالشاشى فى حلية العلماء، جـ٢، ص٥٤٩. والمتولى فى تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦ . وابنا قدامة فى المغنى والشرح، جـ٤، ص٢٠٦ ، ٢٠٧ . كما فى نصوصهم التالية.

(٢) جاء عند الشافعية «قال الشافعي: ومعقول فى السنة إذا كانت الثمرة للبائع كان على المشترى تركها فى شجرها إلى أن تبلغ الجذاذ، والقطاف، واللقاط من الشجر». الأم، جـ٣، ص ٤٣ ، مجلد/٢ . ط. دار الفكر. وفى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٩ . «إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة إلى أوان الجذاذ فى العادة. وبه قال مالك وأحمد ...» .
وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧٤ «إذا باع أصلا عليه ثمرة للبائع لم يكلف البائع قطع ثمرته قبل أوان قطعها ...» . وانظر. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . وأسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣ . تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ . وشرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة. جـ٢، ص ٢٣٢ . والمهذب، جـ١، ص٢٨٠.
وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ . مايدل على ماذكرناه عن صاحبه وان كان فى النص تصحيف فى الطبع. وعبارة النص «قال الشافعى رحمه الله: ومعقول إذا كانت الثمرة للبائع أن على المشترى تركها فى شجرها إلى أن تبلغ الجداد أو القطاف، أو اللقاط فى الشجر».
قال الماوردى: «وهذا كما قال. اذا صارت ثمرة النخلة للبائع فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن تصير له بالتأبير فعلى البائع قطعها فى الحال ولايلزم المشترى تركها على نخله إلا باختياره. وإنما كان كذلك لأن استثناء البائع لها إنما يصح على شرط (=)

الجبر قال الحنابلة(١)، والظاهرية(٢)، والاباضية(٣).

فان كان عنبا فله أن يبقى ذلك إلى أن ينضج ويحلو وتشتد حلاوته، وإن كان تفاحا أو تينا أو غيرهما مما يشبههما من الثمار فالى أن ينضج وإن كان نخلا فالى أن يرطب إلا أن يكون نخلا لايصير رطبا وهو القرشى الذى لايقطع إلا بسرا(٤).

(=) القطع وهذا الشرط يوجب عليه التزام موجبه. وإن صارت الثمرة له بالتأبير من غير شرط فللبائع تركها على نخلها وشجرها إلى أوان جذاذها ولقاطها ولايلزم قطعها، ولاللمشترى أن يمتنع من تركها».
أقول: فالتضارب واضح حيث ان الأمرين وردا فى المؤبرة بالتأبير ولكى يصح الكلام فليكن الأمر الأول «إما زن تصير له بالاستثناء» والبائع لايستثنى إلا غير المؤبرة لأنها تدخل فى البيع تبعا وتكون للمشترى. والله أعلم بالصواب. وفى تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦ . «الفصل الثانى: فى بيان حكم الثمرة الباقية على ملك البائع بعد بيع الأصل وفيه ست مسائل إحداها: كل ثمرة بقيت على ملك البائع عند اطلاق العقد فانها تبقى إلى أوان الجذاذ وليس للمشترى أن يكلفه القطع. وبه قال مالك رحمه الله».

(١) جاء عند الحنابلة: «ان الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها فى الشجر إلى أوان الجذاذ سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعى ...» المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .
وفى القواعد لابن رجب، ص ٤٢ القاعدة/ ٣٣ «لو اشترى شجرا عليه ثمر صح، ووقع بقاء الثمر مستثنى إلى أوان تفريغه على ماجرت به العادة، وذلك مجهول، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح».
وفى موضوع آخر: «لو باع شجرا عليه ثمر لم يبد صلاحه كان ذلك مبقى فى الشجر إلى وقت الجذاذ بغير أجرة». وانظر الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠. الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢.
وفى شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩٠ . «... وتكون للبائع متروكة فى النخل إلى الجذاذ، ولايلزمه قطعها فى الحال ...».

(٢) يقول ابن حزم: «ولايجوز لمشترى الأصول أن يلزم البائع قلع الثمرة أصلا إلا حتى يبدو صلاحها، فاذا بدا صلاحها فله أن يلزمه أخذ مايمكن النفع فيه بوجه مامن الوجوه، ولايلزمه أخذ ما لايمكن الانتفاع به بوجه من الوجوه». المحلى، جـ٧، ص ٣٣٧، مسألة١٤٥٢.

(٣) جاء عند الاباضية: «... وإن لم يعين وقتا فلا إجبار على القطع دون عادة البلد، وإن أراد القطع دون العادة فله ...» . شرح النيل، جـ٨، ص ١١٧ ، ١١٨.

(٤) البيان، جـ٣، ورقة، ٧٤ . المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦ - ٢٠٨ . الروض المربع (=)

الأدلـــــــة :

دليل القول الأول: استدل الماوردى على جبر البائع على القطع إن بقيت له غير مؤبرة بالاستثناء إلا ان رضى مشترى الشجرة بقوله: وإنما كان كذلك لأن استثناء البائع لها إنما يصح على شرط القطع وهذا الشرط يوجب عليه التزام موجبه[١].

واستدل الحنفية أيضا على جبر البائع على قطع ثمرته إن لم يرض مشترى الشجرة ببقائها بالآتى:

قالوا: أن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم. فالقول بتأخير التسليم بغير مقتضى العقد[٢]. أى أن البائع يجب عليه تسليم المبيع وهو الشجرة الى مشتريها عملا بمقتضى البيع ولايمكن ذلك بالتفريق فيجب عليه ذلك[٣].

ولأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيه متاع موضوع[٤]. أى كما لو باع دارا فيها طعام أو قماش[٥].

(=) جـ٢، ص ١٢٧ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ومايليها . المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩٠.

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ . فالماوردى ممن يقول: أن استثناء البائع للثمرة غير المؤبرة لايصح إلا بشرط القطع أى يجب اشترطه وسيأتى عند الشافعية.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.

(٣) الاختيار، جـ٢، ص ٥.

(٤) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦ . شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٥) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ . وهذا الدليل جاء فى تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦ . «وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها وتفريغ ملك المشترى كما لو باع دارا وفيها رحله يؤمر بتفريغ الدار».

وفى الدر: «لاشتغال ملكه بملك البائع فعليه تفريغه لتسليمه كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بسر حيث يجبر الورثة على قطع البسر وهو المختار»(١).

ويقول الحصكفي: «لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغا كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بسر حيث تجبر الورثة على قطع البسر هو المختار من الرواية والو الجية» قال ابن عابدين: علة لقوله ويؤمر بقطعهما(٢).

واستدل الماوردي للحنفية فقال: وقال أبو حنيفة: على البائع قطعها ولايلزم المشترى تركها احتجاجا بأن المشترى يملك منفعة ماابتاعه فهو يملك منفعة النخل كما يملك منفعة الدار، فلما كان لو ابتاع دارا وجب على البائع نقل مافيها من متاعه ليسلم المشترى منفعة داره كذلك لو ابتاع نخلا وجب على البائع جذاذ ماعليها من ثماره ليسلم المشترى منفعة نخله ثم أخذ الثمرة أولى لأن تركها مضر، وترك المتاع غير مضر، ولأنه لو استحق البائع ترك الثمرة لكان قد استثنى منفعة مابا عه كمن باع دارا واشترط سكناها فلما كان هذا فاسدا كان ماأدى إليه فاسدا(٣).

المناقشة:

ثم ان الماوردى ناقش دليل الحنفية بقوله: فأما الجواب على ماذكره فى الدار، فهما سواء، والعرف فيهما معتبر، لكن العرف في الدار: أن ينقل البائع متاعه فى أول أوقات الامكان، وفى الثمار فى أول أوقات الجذاذ. ثم نقول: منفعة الدار تبطل باقرار المتاع فيها، ولاتبطل منفعة مستثناة

(١) الدر المنتقى ومجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.
(٢) حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٩.
(٣) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢.

كالسكنى. فهو أن الأصول قد فرقت بين استثناء المنفعة بالعقد، وبين استثنائها بالشرط. ألا ترى أنه لو باع أمة واستثنى الاستمتاع بها لم يجز، وكان العقد فاسداً؟ ولو كانت مزوجة كان الاستمتاع بها مستثنى والعقد صحيح[١].

دليل القول الثاني: استدل الجمهور على عدم جبر البائع على القطع[٢] بالآتي:

١- أنه معقول السنة حيث نهت عن إضاعة المال: «قال الشافعي: ومعقول في السنة إذا كانت الثمرة للبائع كان على المشترى تركها في شجرها إلى أن تبلغ الجذاذ، والقطاف، واللقاط، من الشجر»[٣].

وفي هذا يقول ابن حزم الظاهري: «وأما قولنا: لايجوز لمشترى الأصول أن يأخذ البائع بقلع ثمرته قبل أن يمكنه الانتفاع بها فللثابت عن رسول الله - ﷺ - من طريق المغيرة بن شعبة أنه عليه الصلاة والسلام - نهى عن إضاعة المال. والبائع لم يتعد في كون ثمرته في أصولها فيكون هو المضيع لماله»[٤].

٢- قال الماوردي: «ودليلنا: هو أن المبيع إذا كان مشغولا بملك البائع وجب عليه نقله على ماجرت به العادة واستقر عليه العرف. ألا ترى لو باع داره ليلا لم يلزم الانتقال عنها في الحال حتى يصبح اعتبارا بالعادة والعرف؟ ولو كانت الدار مملوءة بمتاعه لم يلزمه أن يجهد نفسه في نقله في يومه، حتى ينقله في الأيام اعتبارا بالعادة والعرف، وجب إذا باعه نخلا ألا

(١) المصدر السابق، ص ٢٠٣.

(٢) إلا في بعض الحالات التي قد تستدعي القطع كتضرر الأصل ببقاء الثمرة، أو إصابتها بآفة، أو عند اشتراط القطع مثلا. وسيأتي بعد هذه الأدلة.

(٣) الأم، جـ٣، ص ٤٣، مجلد/ ٢ . الحاوي للماوردي، جـ٦، ص ٢٠٢.

(٤) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٨ ، مسألة ١٤٥٢.

يلزمه أخذ ثمرها فى الحال حتى ينتهى إلى وقت الجذاذ اعتبارا بالعادة والعرف»[١].

وفى التتمة: «ودليلنا: أن البائع يؤمر بتفريغ المبيع على حسب العرف والعادة. والعادة فى الثمار تبقيتها إلى وقت الجداد». ثم يقول: «ويشهد لهذه القاعدة مسألة الدار إلا أنا لانكلفه تفريغ الدار فى ساعته بل ينقل الرحل شيئا فشيئا على قدر حاجته فلو أراد أن يؤخر عن قدر حاجته لم يكن له ذلك كما لو باع دارا وفيها رحله وتمكن من النقل لم يكن له أن يبقى الرحل فى الدار حتى ينقل على حسب حاجته[٢].

وعبارة الشيرازى: «لأن نقل المبيع على حسب العادة، ولهذا إذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح، وإن اشتراه فى المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر، والعادة فى قطع الثمار ماذكرناه فلا يكلف القطع قبله»[٣].

وعبارة العمرانى: «دليلنا: أن من ابتاع شيئا مشغولا بملك البائع فانه لايجب على البائع أن يأخذ ملكه إلا على الوجه الذى جرت العادة بأخذه فيه كما لو باع منه دارا له فيها قماش بالليل فانه لايلزم البائع نقل قماشه إلا بالنهار، وإن كان فى المطر لم يكلف نقل متاعه حتى يسكن المطر ولايلزمه أن ينقله دفعة واحدة إلا على حسب العادة فى نقله ولم تجر العادة بأن الناس يأخذون ثمارهم قبل أوان جدادها»[٤].

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣.

(٢) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦.

(٣) المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . وانظر. تحفة المحتاة وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٥٨ ، ٤٥٩. شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣٢ . أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣.

(٤) البيان، جـ٣، ورقة ٧٤.

ويقرر ابنا قدامة وغيرهما من الحنابلة نفس الدليل فيقولون: أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع دارا فيها طعام فانه لم يجب نقله إلا على حسب العادة فى ذلك وهو أن ينقله نهارا شيئا بعد شئ ولايلزمه النقل ليلا ولاجمع دواب البلد لنقله. كذلك هاهنا تفريغ النخل والشجر من الثمرة فى أوان تفريغها وذلك أوان جدادها.

ثم يقول ابنا قدامة: وقياس أبي حنيفة حجة لنا لما بيناه[1]، أى أن قياس الحنفية مسألة الثمرة هنا على المتاع فى الدار حجة لنا لاعلينا.

ويذكر الحنفية دليل الشافعي فيقولون: وجه قوله أن الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لأنه لايقطع ولايقلع إلا بعد الادراك عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما إذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لايجبر على القلع بل يترك إلى أن يستحصد[2].

يقول ابن الهمام فى وجه قول الشافعى: «إن الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لايجب فى الدار تسليمها فى الحال إذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين، وفى العادة لايقطع الا بعد ماقلنا وصار كما إذا انقضت مدة الاجارة وفى الأرض زرع فانه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أم لم يرض، وإذا كان كذلك فلا يبالى بتضرر المشترى

---

(١) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ .
وعبارة الزركشى: «... وتكون للبائع متروكة فى النخل إلى الجذاذ ولايلزمه قطعها فى الحال، اذ النقل والتفريغ جار على العرف كما لو باع دارا له فيها قماش ونحو ذلك فلا يلزم بالنقل ليلا، ولاجمع دواب البلد لذلك بل انما ينقله على المعتاد، والمعتاد فى الثمرة أخذها عند جذاذها، والمرجع فى ذلك إلى العادة ...» . شرح الزركشى، مجلد/٣ ، ص ٤٩٠.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ . وانظر تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، ٤٨٧.

بالانتفاع بملكه بلا عوض لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ماذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور»[١].

٣- قال الماوردى: إن ماثبت بالعادة والعرف فى حكم ماثبت بالشرط، بدليل أن الأثمان المطلقة تحمل على غالب النقد كما لو ثبت ذلك بالشرط، والعرف فى الثمار تركها إلى وقت الجذاذ، فلما كان لوشرط البائع تركها الى وقت الجذاذ لزم، وجب إذا كان العرف أن تترك إلى وقت الجذاذ أن تلتزم[٢].

المناقشة:

ناقش الحنفية دليل الجمهور المبنى على العادة في الثمار. بقولهم: أن قول المخالف بأن العادة فى الثمرة تترك على الشجرة إلى وقت الادراك. فالجواب عليه: بأن العادة هذه إنما قبل البيع أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولاتترك لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فلا بد من إزالة الشغل وذلك بقطع الثمرة، هكذا نقول فى مسألة الاجارة أنه يجب تسليم الأرض عند انتهاء المدة وإنما تترك باجارة جديدة بأجرة أخرى.

قالوا: وهذا حجة على الشافعى -أى ومن وافقه- لأنه لوترك بالعقد الأول لما وجبت أجرة أخرى[٣].

ويقول الزيلعى: «والحجة عليه مابينا. وفى الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر، وتسليم العوض كتسليم المعوض، وإنما لايقلع منها لأن الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع. ألا يرى أنه لو اشترى أرضا لايكون له

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.
(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣.
(٣) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.

الطريق إلا بالشرط، وفى الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرناه»[١].

وقد نهج البابرتى فى رده حجة المخالف طريقة التسليم ثم التفنيد فيقول: والجواب: أنا لانسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت البدو، والاستحصاد، ثم يقول: سلمناه، ثم يرده قائلا: لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع، ثم يقول: سلمناه ثم يرده قائلا: ولكن الواجب ذلك مالم يعارضه مايسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهى إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى تفريغ ملكه وتسليمه إياه فارغا[٢].

وفى هذا المقام يقول العلامة المحقق ابن الهمام: والجواب: أن فى الاجارة يجب التسليم أيضا ولذا تجب الاجرة فى التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض ولابد فى تمامه من تسليم أن المعتاد فى الاجارة التبقية بالأجرة وعدم تسليم عين الأرض فى الحال. وإلا لو لم يرض المؤجر وأخذ الأجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه فى الحال وليس له ذلك. فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره.

والتسليم المعتاد فى البيع بتركه إلى ماذكرنا مجانا، وفى الاجارة بتركه بأجرة ولامخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد فى البيع كذلك، وإلا فاذا فرق بين البيع والاجارة بأن إقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعه فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه، بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالأجرة اتجه أن يقال: إنما يكون اقدامه

---

(١) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . وانظر. الهداية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ . مع شرح فتح القدير.

(٢) شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦.

على البيع رضا بالقطع فى الحال لو لم يكن التأخير إلى الصلاح معتاد، أما إذا كان معتادا فلا، وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هى مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع[١].

الراجـــــح:

والذى نراه هو تكافؤ الأدلة، ومن ثم فانه يمكننى القول بأنه إذا رضى المشترى ببقاء ثمرة البائع حتى أوان الجذاذ فبها ونعمت. وإن لم يرض المشترى بهذا فلننظر إلى الثمرة إن كان يمكن الانتفاع بها أجبر البائع على قطعها، وإلا فلا جبر وتترك إلى أن تصل إلى حد الانتفاع[٢]، لنهية -ﷺ- عن إضاعة المال.

ثم إن كان الأصل وهو الشجرة تتضرر ببقاء ثمرة البائع، وكان هذا الضرر أكبر من ضرر القطع أجبر البائع على القطع تحملا للضرر الأخف لدفع الضرر الأشد. والحكم فى ذلك لأهل الخبرة.

عود علي بدء:

سبق بيان موقف الفقهاء من جبر بائع الشجر على قطع ثمرتها إن كانت له، وهنا نتعرض لبعض أحكام تتصل بهذا الأمر.

١- حكم استئجار البائع للشجرة من مشتريها ليترك عليها الثمرة حتى تنضج:

أقول: هذه المسألة تثار على قول من ذهب إلى جبر البائع على قطع ثمرته كالحنفية. فقد جاء عندهم: أنه لو استأجر البائع الشجرة من المشترى ليترك عليها الثمر إلى وقت الجذاذ، لم تجز هذه الاجارة، لأن جواز الاجارة

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

(٢) أى وإن لم تصل إلى الادراك أى النضج إلا فى ثمرة لاينتفع بها إلا وهى ناضجة.

مع أن القياس يأباها لكونها بيع المعدوم إنما لتعامل الناس بها، والناس ماتعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا استئجار الاشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم، لكن لوفعل يطيب له الفضل لأنه ترك باذن المشترى. وهذا بخلاف الاجارة إذا انقضت مدتها والزرع باق لم يستحصد[١] بعد، أن يترك فيه إلى وقت الحصاد بالأجرة لأن الترك بالأجرة هناك مما جرى به التعامل فكان جائزا[٢].

وفى جامع الفصولين: لو استأجر الشجر من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز، ولكن يعار إلى الادراك فلو أبى المشترى يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر. قال فى البحر: ولافرق يظهر بين المشترى والبائع»[٣]. قال صاحب الدر بعد ذكره لما فى جامع الفصولين والبحر: «فليحفظ»[٤].

أقول: من هذا النص الأخير نرى أنه صرح بالتسوية فى الخيار بين البائع والمشترى وأنه قطع بعدم جواز الاجارة، وأن الجائز هو إعارة الشجرة فان أبى المشترى إعارة الشجرة لبائعها كان البائع بالخيار إما أن يبطل البيع وإما أن يقطع الثمرة.

---

(١) أى لم يبلغ أوان الحصاد. والحصاد بكسر الحاء، وفتحها في الزرع. تقول: حصدت الزرع حصدا من باب ضرب وقتل فهو محصود، وحصيد، وهذا أوان الحصاد بالفتح والكسر. وأحصد الزرع بالألف، واستحصد إذا حان حصاده فهو محصد «ومستحصد بالكسر اسم فاعل، والحصيدة موضع الحصاد، وحصدهم بالسيف: استأصلهم. أنظر. المصباح المنير، جـ١، ص ١٣٨ (كتاب الحاء). النظم المستعذب، جـ١، ص ٢٨١ . مختار الصحاح، ص٨١ (ح ص د) .

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.

(٣) الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.

(٤) المصدر السابق.

٢- القائلون بعدم جبر البائع على قطع ثمرته لبعضهم تفصيل نذكره:

اولا: مذهب الشافعية:

أ- يقول الماوردى فى وقت أخذ البائع لثمرته «فاذا تقرر أن للبائع استيفاء الثمرة إلى أوان الجذاذ. فان كانت مما تؤخذ ثمرا فالى أول أوقات جذاذها ثمرا، وإن كانت مما تؤخذ رطبا فالى أول أوقات لقاطها رطبا، وإن كانت مما تؤخذ بسرا فالى أول قطعها بسرا، وكذلك الكلام فى الكرم والشجر، فنقر الكرم إلى وقت القطاف، والشجر إلى وقت اللقاط»[١].

ب- إذا بقيت الثمرة للبائع بشرط أو تأبير فان شرط القطع لزمه وفاء بالشرط وذلك فى منتفع به[٢]، فان لم يشترط القطع بأن شرط الابقاء أو أطلق فله تركها إلى الجذاذ، نظرا للشرط فى الأولى، والعادة فى الثانية، أى العادة فى القطع أى زمنه المعتاد وهو الجذاذ[٣].

جـ- وهل إذا حل أوان الجذاذ يكلف قطعها دفعة واحدة؟ والجواب نعم.

فاذا جاء وقت الجداد لم يمكن من أخذها على التدريج ولا أن يؤخرها إلى نهاية النضج. ولو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعه قبل النضج كلف

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣ . وانظر البيان، جـ ٣ ورقة ٧٤.

(٢) وهذا الوفاء بالشرط إنما يظهر فى منتفع به «قال الأذرعى: وإنما يظهر هذا فى منتفع به كحصرم لافيما لانفع فيه أو نفعه تافه».
فاذا كان لانفع فيه أو نفعه تافه فالقياس بطلان البيع بهذا الشرط لأنه يخالف مقتضاه.
يتنزل الهيتمى بعد ذكره لكلام الأذرعى: «أى فالقياس حينئذ بطلان البيع بهذا الشرط لأنه يخالف [illegible]». تحفة المحتاج ، جـ٤، ص ٤٥٨.

(٣) المصدر السابق وعليه حاشية الشروانى. روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ . أسنى المطالب وعليه حاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣ . المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . شرح المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٢.

القطع على العادة[١].

يقول الهيتمى فى هذا المعنى: «فيكلف حينئذ أخذها دفعة واحدة، وإن كانت العادة أخذها على التدريج ولاينتظر نهاية النضج»[٢].

وفى الأسنى: «وليس له قطع الثمرة شيئا فشيئا بعد وقت العادة، ولاالتأخير إلى نهاية النضج. أما إذا شرط على البائع قطعها فيلزمه إلا أن يسامح المشترى بتركها إلى بدو صلاحها»[٣].

وفى الأم: «وإن قال صاحب عنب ليس له أصله: أدع عنبى فيه ليكون أبقى له، أو سفرجل، أو تفاح، أو غيره لم يكن له ذلك إذا كان القطاف واللقاط والجذاذ، أخذ بجذاذ ثمره وقطافه ولقاطه، ولايترك ثمره فيه بعد أن يصلح فيه القطاف والجذاذ واللقاط». وفيه أيضا: «وفى ثمر النخل لايعجل مالكه عن بلوغ صلاحه ولايترك، وإن كان ذلك خيرا لمالكه إذا بلغ أن يقطف مثلها أو يلقط»[٤].

وفى البيان: «فاذا بلغ أول حالة يؤخذ فيها فعليه أن يأخذها. فان قال البائع: أنا لاآخذها بل أبقيها لأنه أنفع لها وأتم لصلاحها فليس له ذلك كما لوباع دارا وفيها متاع له فعليه أن ينقله عنها، ولو قال لاأنقله عنها لأنها أحرز من غيرها لم يكن له ذلك كذلك هاهنا مثله»[٥].

وصرح الشروانى بأنه لو حصل نضج الثمرة على التدريج كلف البائع قطعه على التدريج أيضا. واعتبر ذلك معلوما لايحتاج إلى تنبيه ومن ثم

---

(١) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨.
(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٨.
(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣.
(٤) الأم، جـ٣، ص ٤٤ بالمجلد/ ٢.
(٥) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٤.

استدرك على صاحب التحفة عندما قال: «فيكلف حينئذ أخذها دفعة واحدة وإن كانت العادة أخذها على التدريج». حينئذ قال الشرواني: «لكن معلوم أنه لوحصل نضجه على التدريج كلف قطعه كذلك»[١].

د- ولو اختلف عرف الناس في الثمر فما الحكم؟ يجيب الرملي في حاشيته بأنه لو اختلف عرف الناس في الثمر بأن يتركه قوم حتى يصير رطبا وقوم ثمرا، ففي الاستذكار للدارمي عن ابن القطان: أنه يحمل على عرف بائع الشجرة. قال الرملي: وعندي يحمل على عرف الأكثر من البلد، فان كان عرف تلك الثمرة التبقية إلى آخر الثمار فله ذلك[٢].

اصابة ثمرة البائع بآفة، وأثر ذلك على الابقاء:

لو أصاب الثمار آفة ولم يكن في تركها فائدة، فهل له الابقاء، قولان؟[٣].

مدى ارتباط بقاء الثمرة بالضرر:

من المعلوم في مسألتنا أن الشجرة للمشتري، وأن الثمرة للبائع، ومن ثم فقد تصاب الشجرة بعطش ويخاف المشتري أن تشرب الثمرة الماء من أصل الشجرة فيهلك، فهل يكلف البائع القطع قبل أوان الجذاذ أم لا؟

---

(١) حاشية الشرواني على التحفة، جـ٤، ص ٤٤٨ . وعبارة مغني المحتاج كما نقلها الشرواني: «ثم إذا جاء أوان الجذاذ ليس له الصبر حتى يأخذها على التدريج، ولاتأخير إلى تناهي نضجها بل المعتبر في ذلك العادة».
قال الشرواني: «فيفيد جواز أخذه بالتدريج وإن حصل نضجه دفعة واحدة إذا كانت العادة كذلك». الشرواني على تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٩.

(٢) الرملي على الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣.

(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨.

هنا نرى للشافعية قولان ذكرهما الشيرازى:

القول الأول: لايكلف البائع قطع الثمرة لأن المشترى دخل فى العقد على أن يترك الثمار إلى الجذاذ فلزمه تركه.

القول الثانى: أنه يكلف قطعه لأن المشترى إنما رضى بذلك اذا لم يضر به، فاذا أضر به لم يلزمه تركه(١)، وهو الأظهر كما فى الروضة(٢).

ويذكر العمرانى حكم هذه الحالة فيقول: «ولو باع نخلا وعليها ثمرة مؤبرة لم يشترطها المشترى فقد ذكرنا أنها للبائع.

فان انقطع الماء، فان كان تبقية الثمرة على النخل لاتضر بالنخل أو تضر بها ضررا يسيرا فللبائع أن يبقى ثمرته على النخل. لأنه وجب باطلاق العقد ولاضرر بذلك على النخل.

وإن كان تبقية الثمرة تضر بالنخل ففيه قولان.

أحدهما: للبائع أن يبقى ثمرته وإن ضر بالنخل. لأن ذلك وجب له باطلاق العقد.

والثانى: يلزمه قطع ثمرته. لأنه إنما يملك التبقية إن لم يضر بنخل المشترى، فاذا كان يضر به لم يكن له ذلك(٣).

قال الإمام الشافعى رحمه الله: وإن انقطع الماء فكان الثمر يصلح ترك

---

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٨٠.

(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨.

(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧٤. وفى الحلية، جـ٢، ص ٥٤٩ ، ٥٥٠: «وإن أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فتهلك ففيه قولان: أحدهما أنه لايكلف البائع قطع الثمرة. والثانى: أنه يكلف قطعها» . وانظر تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦ ، ١٥٧.

حتى يبلغ، وإن كان لايصلح لم يمنعه صاحبه من قطعه ولا لو كان الماء كما هو.

ولو قطعه فأراد الماء لم يكن ذلك له إنما يكون له من الماء مافيه صلاح ثمره، فاذا ذهب ثمره فلاحق له فى الماء.

قال: وإن انقطع الماء فكان بقاء الثمرة فى النخل وغيره من الشجر المسقوى يضر بالنخل ففيها قولان.

أحدهما: أن يسأل أهل ذلك الوادى الذى به ذلك الماء، فان قالوا: ليس يصلح فى مثل هذا انقطاع الماء إلا قطع ثمره عنه وإلا أضر بقلوب النخل ضررا بينا فيها أخذ صاحبه بقطعه إلا أن يسقيه متطوعا. وقيل: قد أصبت وأصيب صاحب الأصل بأكثر من مصيبتك.

فان قالوا: هو لايضر بها ضررا بينا، والثمر يصلح ان ترك فيها وان كان قطعه خيرا لها ترك إذا لم يكن فيه ضرر بين.

فان قالوا: لايسلم الثمر إلا ان ترك أياما ترك أياما حتى إذا بلغ الوقت الذى يقولون فيه يهلك. فلو قيل: اقطعه لأنه خير لك ولصاحبك كان وجها. وله تركه إذا لم يضر بالنخل ضررا بينا. أ.هـ. الأم[١]، وحول هذا النص دارت عبارات أصحاب الامام الشافعى كما تقدم.

ويذكر النووى أن الأظهر عن عظم الضرر بانقطاع الماء هو عدم الابقاء، وأنه إذا حدث بالثمرة آفة ففيه قولان ولم يذكر الأظهر منهما[٢]،

(١) الأم، جـ٣، ص ٤٤، مجلد/ ٢.

(٢) فى الروضة، جـ٣، ص ٢٠٨. «لو تعذر السقى لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقاء الثمرة فالأظهر أنه ليس له الابقاء. ولو أصاب الثمار آفة ولم يكن فى تركها فائدة فهل له الابقاء؟ قولان».

ورجح ابن الرفعة وغيره عدم الابقاء فى الحالين[١]، واستظهره الأذرعى، والشيخ زكريا الأنصارى[٢].

اذا كانت الثمرة للبائع فهل يلزم اشتراط القطع؟

تقدم أن الشافعية ممن يقولون بأن الثمرة تكون لبائع الشجرة إما لكونها مؤبرة، وإما لأنه اشترطها لنفسه إن كانت غير مؤبرة.

أ- فلو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة فبقيت له حيث لم يشترطها المشترى فان النووى قال: لاحاجة إلى اشتراط القطع لأن المبيع هو الشجرة وهى غير متعرضة للعاهات والثمرة مملوكة له بحكم الدوام[٣].

ب- أما إذا باع الشجرة وعليها ثمر يدخل فى البيع عند الاطلاق فى العقد أى ثمرة غير مؤبرة إلا أن البائع استثناها لنفسه فعامة الأصحاب كما يقول صاحب التتمة: لايحتاج في الاستثناء إلى شرط القطع بل تبقى الثمرة إلى وقت الجداد ... وقال بعض أصحابنا: لابد من شرط القطع[٤].

وسبب الخلاف هو قول الشافعي رحمه الله: «وإن كانت لم تؤبر فهى للمبتاع فان شرطها البائع فذلك جائز إذا استثناها على أن يقرها فلا خير

---

(١) فى التحفة، جـ٤، ص ٤٥٩، «وقد لاتبقى الثمرة إلى أوان الجذاذ فلا تلزم التبقية للثمار كأن تعذر السقى لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقائها، وكأن أصابها آفة ولم يبق فى تركها فائدة على أحد القولين ورجحه ابن الرفعة وغيره، وكأن أعتيد قطعها قبل نضجها كاللوز الأخضر فى بلاد لايتجفف فيها» تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٥٩. شرح جلال المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٢.

(٢) فى الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢، ١٠٣، «فان تعذر السقى لانقطاع الماء أو غيره وعظم الضرر للشجرة ببقاء الثمرة أو أصابتها آفة ولم يبق فى تركها فائدة فيكلف قطعها دفعا للضرر عن المشترى بخلاف ما إذا قل الضرر ببقائها ومال إليه ابن الرفعة. وقال الأذرعى: أنه ظاهر إذا لامقتضى لانشغال شجر الغير بلا فائدة، لكن ظاهر نص الأم يخالفه».

(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢١٠، ٢١١.

(٤) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦.

في البيع».

فاختلف الاصحاب في تأويل هذه اللفظة.

فقوم قالوا: أراد بلفظة الاستثناء الشرى، وكأن صورة المسألة فيما لوباع مطلقا ثم اشترى الثمرة في الوقت فكان الشرى في الوقت شبيها بالاستثناء فاستعمل فيه لفظ الاستثناء. واستدلوا عليه بأنه ذكر موصولا بهذا الكلام: «فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مقرة إلى وقت يأتي عليها الآفة وهذه اللفظة دلت أن الثمرة مشتراه. وعلى هذا حكى حرملة هذه المسألة ولفظة: إذا كان اشتراها على أن يقطعها[1]، والبعض حمل الاستثناء على معناه الحقيقي.

ثم كان الخلاف على وجهين:

الوجه الأول: لايحتاج في الاستثناء إلى شرط القطع أي لايجب لأنه في الحقيقة استدامة لملكها أي ملك الثمرة. وبالاستثناء يستدم ملكه والشرع إنما اعتبر شرط القطع في شرى الثمار قبل بدو الصلاح. فعلى هذا له الابقاء إلى وقت الجداد، ولو صرح بشرط الابقاء جاز. وعلى هذا الوجه عامة الأصحاب وهو الأصح كما قال النووي[2].

الوجه الثاني: لابد من شرط القطع أي يجب. وبه قاز بعض الأصحاب منهم الماوردي. لأنه كما يقول صاحب التتمة: إذا لم يشترط القطع فيصير كأنه استثنى منفعة المبيع وذلك غير جائز كما لو باع دارا واستثنى سكانها شهرا لايصح العقد على ظاهر المذهب. وعلى هذا الوجه لايصح التصريح بالابقاء.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢١٠ ، ٢١١ . تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦.

وأجيب عنه: بأنه ليس بصحيح أى قياس مع الفارق لأنه مااستثنى المنفعة هنا إنما استثنى الثمرة وتبقية الثمرة بحكم العرف وذلك لايضاد العقد كما لو باع الشجرة والثمرة ظاهرة تبقى له الثمرة وتبقى إلى أوان الجداد ، ولايكون بمنزلة من استثنى المنفعة لأن ذلك ثبت بالعرف(١).

ويذكر الرملى هذه المسألة بوجهيها ثم يذكر اعتراضا ويرد عليه فيقول: وإذا شرطت للبائع وهى غير مؤبرة لم يشترط شرط القطع لأنها غير مبيعة. وقيل: نعم كما لو اشتراها.

فان قيل: لو باع حاملا واستثنى حملها لنفسه فانه يبطل البيع، وكذا لو باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه شهرا فى الأصح.

والفرق أن الحمل لايفرد بالبيع، ويجوز افراد غير المؤبر بالبيع كما إذا باع الطلع فى قشره وهو مقطوع أو على النخل فى الأصح، وأما المنفعة فانه يلزم من استثنائها خلو المبيع عن المنفعة بالكلية فى مدة الاستثناء(٢).

قال النووى: قال الامام: إذا قلنا: يجب شرط القطع فأطلق فظاهر كلام الأصحاب أن الاستثناء باطل والثمرة للمشترى.

قال النووى: وهذا مشكل، فان صرف الثمرة إلى المشترى مع التصريح باستثنائها محال.

قال: فالوجه عدّ الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد فى الأشجار كاستثناء الحمل(٣).

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦ . وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢١٠ ، ٢١١.

(٢) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١.

(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢١٠ ، ٢١١.

أقول: تقدم هنا عن الرملى الفرق بين الأمرين فالحمل لايفرد بالبيع، أما الثمرة غير المؤبرة فانه يجوز افرادها بالبيع على النحو الذى ذكره.

والراجح فى نظرنا هو الوجه الأول الذاهب أهله إلى عدم وجوب شرط القطع للثمرة غير المؤبرة إذا استثناها البائع لنفسه لقوة دليله ودفع ماورد عليه من اعتراضات.

ثانيا: المذاهب الأخرى:

أما ابن حزم الظاهرى فانه يرى -كما تقدم فى القول الثانى- عدم جواز الزام بائع الشجرة قلع ثمرته إلا بعد بدو صلاحها، فاذا بدا صلاحها كان المشترى الشجرة الزامه بأخذ مايمكن النفع فيه بوجه مامن الوجوه، ولايلزمه أخذ مالايمكن الانتفاع به بوجه من الوجوه[1].

وأما الاباضية فانهم يرون -كما تقدم فى القول الثانى- أنه إن شرط البائع بقاء الثمرة لوقت معين جاز ويجبر على القطع إذا بلغ الوقت المعين، وإن لم يعين للقطع وقتا فلا إجبار على القطع دون عادة البلد، وإن أراد القطع دون العادة فله ذلك لكن إن تصورت مضرة للشجرة بقطع غلتها دون العادة منع من ذلك[2].

وأما الحنابلة والمالكية فانهم كالشافعية والظاهرية والاباضية فى عدم الجبر على القطع -كما تقدم فى القول الثانى- عند الاطلاق. ويحكى ابنا قدامة ذلك: «فالثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها فى الشجر إلى أوان الجذاذ سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعى.

فاذا تقرر هذا فالمرجع فى جزه إلى ماجرت به العادة فان كان المبيع

(١) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٧ . مسألة ١٤٥٢.
(٢) شرح النيل، جـ٨، ص ١١٧ ، ١١٨.

نخلا فحين تتناهى حلاوة ثمره، وإن كان مما بسره خيرا من رطبه، أو ماجرت العادة بأخذه بسراً فانه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لأن هذا هو العادة، فاذا استحكمت حلاوته فعليه قطعه. وإن قيل: بقاؤه فى شجره خير له وأبقى لم يمنع وجوب القطع لأن العادة فى ذلك قد وجدت فليس له إبقاؤه بعد ذلك.

وإن كان المبيع عنبا أو فاكهة سواه فأخذه حتى يتناهى إدراكه ويجز مثله.

قال ابنا قدامة: وهذا قول مالك والشافعى(١).

وظاهر كلام ابن قدامة فى متن المقنع وكذا غيره: أن الثمرة تبقى إلى وقت الجذاذ حتى لو أصابتها آفة بحيث أنه لايبقى فى بقائها فائدة ولازيادة قال المرداوى: وهذا أحد الاحتمالين، والاحتمال الآخر يقطع فى الحال وهو الصواب(٢).

وذكر الزركشى الاحتمالين دون ترجيح فقال: «فلو أصابت الثمرة آفة بحيث لم يبق فى بقائها فائدة فهل يجب تفريغ الأشجار منها فى الحال لعدم الفائدة فى بقائها إذاً؟ فيه احتمالان»(٣).

وظاهر كلام ابن قدامة وكلام غيره أيضا: أن الثمرة لاتقطع قبل أوان

---

(١) المغنى والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦ - ٢٠٨ . وانظر الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ . الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ - ٦٢ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.
ويقول الزركشى: «... والمرجع فى ذلك إلى العادة فان كان نخلا فحين تناهى حلاوة ثمره إلا أن تجرى العادة بأخذه بسرا، أو يكون بسره خيرا من رطبه فانه يجذه حين استحكام حلاوة بسره، وإن كان فاكهة فأخذه حين يتناهى ادراكه ويجذ مثله وان قيل: ان بقاءه خير له». شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩٠.

(٢) سبق أن للشافعية فى هذا وجهين أصحهما ماصوبه المرداوى فى مذهبه.

(٣) شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩٠.

الجذاذ حتى لوتضرر الأصل بذلك ضررا كبيرا وهو أحد الوجيهن، والوجه الثاني: يجبر على قطعها والحالة هذه[١].

قال المرداوي: حيث حكمنا أن الثمرة للبائع فانه يأخذه أول وقت أخذه بحسب العادة على الصحيح من المذهب ولو كان بقاؤه خيرا له. وقيل: يؤخره إل وقت أخذه فى العادة إن لم يشترط المشترى قطعه. وقيل: يلزمه قطع الثمرة لتضرر الأصل تضررا كثيرا[٢].

وذكر الزركشي الوجهين دون ترجيح فقال: «ولوخيف على الأصول ضرر كثير -كالجفاف ونحوه- فهل يجبر أيضارب الثمرة على القطع حفظا للأصول، أولا، لأن رب الأصول دخل على ذلك؟ فيه وجهان أيضا»[٣].

ويقرر البهوتى الصحيح من المذهب: فتترك ثمرة النخل حتى تتناهى حلاوة ثمرها لأن التفريغ جار على العرف، وفى غير النخل أوان جذاذه حتى يتناهى إدراك الثمر. وهذا الحكم مقيد بالآتى:

١- إن لم تجر العادة بأخذ ثمر النخل بسراً، أو كان بسره خيرا من رطبه.

٢- إن لم يشترط مشترى الشجرة قطعه فان شرط قطعه أجبر البائع على القطع عملا بالشرط.

٣- ان لم تتضرر الأصول ببقاء الثمر، فلو تضرر الأصل ببقائه أجبر البائع على القطع إزالة للضرر[٤].

---

(١) سبق أن للشافعية فى هذا قولين أظهرهما يوافقه الوجه الثانى للحنابلة . أنظر الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ - ٦١.

(٢) الانصاف السابق، ص ٦٥.

(٣) شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٩٠.

(٤) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

ويلاحظ ان بقاء ثمرة البائع على النحو السابق يكون بلا أجرة[١].

الفرع الثانى
أحكام سقى الشجرة المبيعة

سبق أن الجمهور قال بعدم جبر البائع على قطع الثمرة إن كانت له، بل تبقى إلى وقت الجذاذ. وفى هذه المدة قد تحتاج الثمرة إلى السقى، وأيضا قد تحتاج الشجرة التى اشتراها المشترى إلى السقى، وقد تحتاج اليه واحدة منهما دون الأخرى. وللفقهاء فى هذا الموطن كلام نذكره.

مذهب المالكية: يرى المالكية أن لكل من المتبايعين السقى إلى وقت الجذاذ بشرط عدم الضرر.

يقول الصاوى: «تنبيه: لكل من البائع والمشترى -إذا كان الأصل لأحدهما والثمر للآخر أو مشتركا بينهما- السقى إلى الوقت الذى جرت به العادة بجز الثمرة فيه مالم يضر بالآخر، فان ضر سقى أحدهما بالآخر منع من السقى، ويغتفر ارتكاب أخف الضررين»[٢].

ويقول الأزهرى: «ولكل من المتبايعين إذا كان الأصل لأحدهما، والثمر للآخر، أو بينهما. السقى إلى وقت جذاذ الثمر عادة، مالم يضر سقى أصل المشترى بثمرة البائع»[٣].

ويقول الدردير: «للبائع والمشترى إذا كان الأصل لأحدهما والثمر للآخر[٤]، أو بينهما[٥]. السقى إلى الوقت الذى جرت العادة بجذ الثمر

---

(١) يقول ابن رجب: «لو باع شجرا عليه ثمر لم يبد صلاحه كان ذلك مبقى فى الشجر إلى وقت الجذاذ بغير أجرة» القواعد، ص ٢٠٣ . القاعدة/٨٥.

(٢) الصاوى على الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠٥.

(٣) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩.

(٤) أى كما لو وقع البيع على أصول عليها ثمار مؤبرة.

(٥) كما لو باعه أصولا عليها ثمار مؤبر نصفها. أنظر الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص١٧٣.

فيه مالم يضر بالآخر بأن يضر سقى المشترى بثمرة البائع، أو سقى البائع بأصل المشترى»[١].

قال الدسوقى: «فان ضر سقى أحدهما بالآخر منع من السقى»[٢].

ويذكر الدسوقى أن لكليهما السقى عند عدم المشاحة والنزاع، وأما عند المشاحة فالسقى على صاحب الأصل لما فى باب القسمة" أن الشريكين إذا اقتسما الثمرة ثم اقتسما الأصول فوقع ثمر هذا فى أصل هذا فالسقى على صاحب الأصل[٣] أى مشترى الشجرة. ويرى العدوى: أنه مع المشاحة يقضى على بائع الشجرة بالسقى[٤] ويذكر الخرشى المسألة برمتها فيقول: «لكل من البائع والمشترى إن كان الأصل لأحدهما والثمرة للآخر أو بينهما[٥] السقى إلى الوقت الذى جرت العادة بجذ الثمرة فيه مالم يضر سقى المشترى بأصل البائع أو سقى البائع بثمر المشترى[٦] وهذا حيث لامشاحة، وأمامع المشاحة فالسقى على صاحب الأصل كما فى باب القسمة» قال العدوى: وأما مع المشاحة يقضى على البائع بالسقى[٧].

مذهب الشافعية: (قال المزنى: قال الشافعى رحمه الله: فاذا كان لايصلحها إلا السقى فعلى المشترى تخلية البائع، ومايكفى من السقى، وإنما له من الماء مافيه صلاح ثمره»[٨]، وفى الأم: «وإن كان لايصلحها إلا

(١) أنظر النص فى الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٣ ، ١٧٤.

(٢) الدسوقى على الشرح السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) حاشية العدوى على شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨٣.

(٥) قال العدوى: أما إذا كان الثمر للبائع كله فالأمر ظاهر، وأما إذا كان الثمر للمشترى أو بينهما والأصل للبائع فلا يكون ذلك إلا بعد بدو الصلاح فهو خارج عن الموضوع.

(٦) قال العدوى: أى مالم يضر أحدهما بالآخر. أى بأن يكون السقى إن كثر نفع الأصل وضر الثمرة، وإن قل نفع الثمرة وضر الأصل.

(٧) شرح الخرشى وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٣.

(٨) مختصر المزنى، ص ٧٩.

السقى فعلى المشترى تخلية البائع ومايكفى الشجر من السقى إلى أن يجدّ ويلقط ويقطع، فان انقطع الماء فلا شئ على المشترى فيما أصيب به البائع فى ثمره، وكذلك إن أصابته جائحة، وذلك أنه لم يبعه شيئا فسأله تسليم ماباعه»(١).

قال الماوردى بعد ذكره لنص المزنى عن الشافعى: «وهذا كما قال: إذا استحق البائع ترك الثمرة على نخل المشترى إلى وقت الجذاذ، فقد تحتاج الثمرة إلى مايصلحها من السقى فيجب على المشترى تمكينه من السقى لما قد استحقه من اصلاح ثمرته»(٢).

(١) الأم، جـ٣، ص ٤٤، مجلد/٢.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣. ونصوص الشافعية كثيرة فى هذه المسألة نذكر منها الآتى: يقول الشيرازى فى المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ ـ ٢٨١: «فان أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان. أحدهما: لايكلف البائع قطع الثمرة لأن المشترى دخل فى العقد على أن يترك الثمار إلى الجداد فلزمه تركه. والثانى أنه يكلف قطعه لأن المشترى إنما رضى بذلك إذا لم يضر به فاذا أضر به لم يلزمه تركه. فان احتاج أحدهما إلى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه لأنه إصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز. وإن كان على الآخر ضرر فى السقى وتشاحا ففيه وجهان. قال: أبو إسحاق: يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فى الاضرار فوجب أن يفسخ. وقال أبو على بن أبى هريرة: يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل فى العقد رضي بدخول الضرر عليه لأنه يعلم أنه لابد من السقى، ويجب أجرة السقى على من يسقى لأن منفعته تحصل له». أقول: وعبارة الشيرازى فى احتياج أحدهما إلى سقى ماله «ولم يكن على الآخر ضرر» وهى أيضا عبارة الوسيط. هذه العبارة يؤخذ منها عدم المنع من السقى عند انتفاء الضرر والنفع لأنه تعنت. هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩. وذكر ذلك أيضا الشيخ زكريا فى الأسنى، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣. وسيأتى . وفى البيان، جـ٣،ورقة ٧٤ جاء:
«وإن احتاجت الثمرة والنخل إلى سقى فلكل واحد منهما أن يسقى، وإن منعه الآخر أجبر الممتنع منهما لأنه لاضرر على أحدهما بالسقى. وإن كان السقى يضر بالثمرة والنخل فليس لأحدهما أن يسقى بغير إذن صاحبه لأنه يضره ولاينفعه ويضر غيره. وإن كان السقى ينفع أحدهما دون الآخر، فان اتفقا على السقى أو على ترك السقى جاز لأن الحق لهما. وإن دعا إلى السقى من له منفعة وامتنع من عليه الضرر من السقى ففيه وجهان. قال أبو اسحاق: فسخ العقد بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ففسخ (=)

وحال السقى لايخلو من أحد أمرين: إما يكون ممكنا، وإما أن يكون متعذرا .

(=) العقد بينهما. وقال أبو على بن أبى هريرة: يجبر الممتنع منهما لأنهما دخلا فى العقد على ذلك. وكل من أراد السقى فأجرة السقى عليه لأن نفعه يعود إليه».

وفى الأم، جـ٣، ص ٤٤، مجلد/٢: «وإن كان لايصلحها إلا السقى فعلى المشترى تخلية البائع ومايكفى الشجر من السقى إلى أن يجد ويلقط ويقطع. فان انقطع الماء فلا شئ على المشترى فيما أصيب به البائع فى ثمره، وكذلك إن أصابته جائحة، وذلك أنه لم يبعه شيئا فسأله تسليم ماباعه».

وفى الروضة، جـ٣، ص ٢٠٨ ، ٢٠٩: «ولو تعذر السقى لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقاء الثمرة فالأظهر أنه ليس له الابقاء. ولو أصاب الثمار آفة ولم يكن فى تركها فائدة فهل له الابقاء؟ قولان. وسقي الثمار عند الحاجة على البائع وعلي المشترى تمكينه من دخول البستان للسقى، فان لم يأتمنه نصب الحاكم أمينا للسقى ومؤنته على البائع.

وإذا كان السقى ينفع الثمار والأشجار فلكل واحد السقى وليس للآخر منعه.

وإن كان يضر بهما فليس لأحهما السقى إلا برضى الآخر.

وإن أضر بالثمار ونفع الأشجار فأراد المشترى السقى فمنعه البائع فوجهان.

أحدهما: له السقى. وأصحهما: أنه إن سامح أحدهما بحقه أقر، وإلا فسخ البيع.

وإن أضر بالشجر ونفع الثمار، وتنازعا. فعلى الوجهين. الأصح: يفسخ إن لم يسامح. والثانى: للبائع السقى.

وما سبق كله هو نقل جمهور الشافعية كما ذكر النووى.

وقال الامام: فى الصورتين ثلاثة أوجه.

أحدهما: يجاب المشترى والثانى: البائع. والثالث: يتساويان.

قال النووى: ولو كان السقى يضر بواحد، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ففى إلحاقه بتقابل الضرر احتمالان عند الامام.

ولو لم يسق البائع وتضرر المشترى ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبة الشجر أجبر على السقى أو القطع. فان تعذر السقى لانقطاع الماء ففيه القولان السابقان فى القطع.

قال النووى: قلت: هذان القولان فيما إذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة فان لم يكن وجب القطع بلا خلاف. كذا قاله الامام وصاحب التهذيب».

بهامش الروضة تعليلا للأصح: لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر.

وعن الذى يملك الفسخ: والفاسخ البائع أو الحاكم فيه وجهان فى المطلب.

وعن الماء الذى يسقى منه: وأما الماء الذى يسقى منه فقال فى المطلب: ظاهر كلام الأصحاب أنه الماء المعد لسقى تلك الأشجار سواء كان ملكا للمشترى أم لا. هامش روضة الطالبين. جـ٣، ص ٢٠٩.

وفى الأسنى وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠٢، ١٠٣ جاء: «أن السقى لحاجة الثمار (=)

أولا: إذا كان السقى ممكنا

إذا كان السقى ممكنا فان الأحكام المتعلقة بالثمر والشجر هى كالآتى:

١- أن يكون السقى نافعا للشجرة والثمرة فللبائع أن يسقى، وعلى

(=) على البائع لأنها ملكه ويجبر عليه أو على القطع إن تضرر الشجر ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبته أو نقصها لحمله فى المستقبل نقصا كثيرا ويمكن البائع من الدخول للبستان لسقى ثماره وتعهدها إن كان أمينا وإلا نصب الحاكم أمينا للسقى. ومؤنة السقى على البائع، ويسقى بالماء المعد لسقى تلك الأشجار وإن كان للمشترى فيه حق. فلو قال: أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها لم يمكن، وكذا لو أخذ ثمرته قبل جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه إلى وقت الجذاذ، لأنه إنما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها.

ولكل منهما السقى إن نفعهما لأن منعه حينئذ سفه. وعبارة المهذب والوسيط «إن لم يتضرر الآخر» ويؤخذ منها عدم المنع عند انتفاء الضرر والنفع لأنه تعنت. وقد يتوقف فيه إذ لاغرض للبائع حينئذ فكيف يلزم المشترى تمكينه. فان ضرهما معا فليس لأحدهما السقى إلا برضا الآخر لأنه يدخل عليه ضررا.

قال السبكى: وقد يعترض بأنه وإن رضى الآخر ففى ذلك إفساد المال، لكن المقصود أن المنع لحق الغير يرتفع بالرضا -قال الرملى: قوله: إن المنع لحق الغير. أى فيحرم لاضاعة المال، وقال غيره: يحمل كلامهم على ما إذا كان يضرهما من وجه دون وجه. وأجاب بعضهم: بأن الضرر غير محقق فاغتفر عند الاذن ماذكر- ويبقى ذلك كتصرفه فى خاص ملكه. ولايخفى قوة الاعتراض ولايكفى فى رده ما ذكر من المقصود. ذكر ذلك صاحب الأسنى وقال: لاجرم ذكر الأسنوى الاعتراض ولم يجب عليه.

وفى شرح الارشاد: ولكل منهما السقى لملكه إن لم يضر ملك الآخر وليس لأحدهما الامتناع.

ولو ضر أحدهما ونفع الآخر وتنازعا فى السقى فسخ العقد، أى فسخه الحاكم كما جزم به ابن الرفعة وصححه السبكى إن لم يسامح الآخر إذ ليس أحدهما أولى من الآخر، فان سامحه فلا فسخ لزوال النزاع.

قال الأذرعى: ولايأتى فيه الاعتراض بافساد المال كما توهم بل هو إحسان ومسامحة.

والكلام كما يقول صاحب الأسنى: فى مالكين مطلقى التصرف لامن يتصرف لغيره أو لنفسه لكن غير مطلق التصرف. ويشمل الكلام مالو ضر السقى أحدهما ومنع تركه حصول زيادة للآخر لاستلزام منع حصولها له انتفاعة بالسقى وقد ذكر الأصل فيه احتمالين للإمام.

وابن الرفعة وإن كان قد جزم بأن فسخ العقد عند نفع السقى لأحدهما، وضرره بالآخر، ووقع النزاع، موكول إلى الحاكم وصححه السبكى. إلا أن البعض صحح أن الفسخ موكول للمتضرر. (=)

المشترى أن يمكنه وكذلك للمشترى أن يسقى شجرته، ولايملك أحدهما منع

(=) وقال الزركشي: والظاهر أنه على الخلاف في التحالف حتى يكون الأصح أن لكل من العاقدين تعاطيه لكن نقل عن الرافعي في اختلاط الثمرة المبيعة بغيرها أنه لايفسخ إلا المشترى. ا.هـ. أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣.

وفي شرح المحلى وحاشية القليوبي: لكل من المتبايعين السقى في الابقاء إن انتفع به الشجر والثمر، ولامنع للآخر منه. قال القليوبي: أو انتفع به واحد منهما الثمر أو الشجر ولم يضر الآخر ويجبر الآخر على موافقته.

قال المحلى: وإن ضرهما لم يجز إلا برضاهما. قال القليوبي: قد يراد بضررهما عدم نفعهما فيشمل مالو انتفى النفع والضرر عن كل منهما. قال الرملي: أنه المعتمد خلافا لما في شرح الارشاد. والجواز بالرضا عند ضررهما إنما هو بالنظر لحقهما وإن حرم من حيث حق الله تعالى، فمعنى عدم الجواز المنع وهذا في الرشيد المتصرف عن نفسه.

وإن ضر الشجر ونفع الثمر أو العكس وتنازعا المتبايعان في السقى فسخ العقد لتعذر إمضائه إلا باضرار أحدهما، إلا أن يسامح المتضرر فلا فسخ حينئذ، وقيل: لطالب السقى وهو البائع في الصورة الأولى والمشترى في الثانية أن يسقى ولايبالي بضرر الآخر لأنه قد رضى به حين أقدم على هذا العقد فلا فسخ على هذا أيضا. وعلى القول بالفسخ، الفاسخ البائع أو الحاكم وجهان أصحهما الحاكم واعتمد الرملي والزيادى أن الفاسخ المتضرر منهما.

ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر لزم البائع أن يقطع الثمر أو يسقى الشجر دفعا لضرر المشترى.

قال القليوبي: ويمكن البائع من دخول البستان والسقى مما اعتيد السقى منه ولو من بئر دخلت في البيع وليس ذلك من شرط النفع لنفسه لأنه تابع فلا يبطل العقد. ولو لم يأمن أحدهما الآخر نصب الحاكم أمينا ومؤنته على من لم يأمن. ولو لم يسق البائع وطلب أن يأخذ لنفسه الماء الذى كان يسقى به لم يمكن من أخذه. شرح جلال المحلى وحاشية القليوبي، جـ٢، ص ٢٣٢ ، ٢٣٣.

وفي التحفة وحواشيها: ولكل من المتبايعين إذا بقيت الثمرة السقى إن انتفع به الشجر والثمر. يعنى لم يضر صاحبه، ولامنع للآخر منه لأن المنع حينئذ سفه أو عناد.

وقضيته أنه ليس للبائع تكليف المشترى السقى وبه صرح الامام لأنه لم يلتزم تنميتها فلتكن مؤنته على البائع.

ويمكن من السقى بما اعتيد سقيها منه وإن كان للمشترى كبئر دخلت في العقد وليس فيه أنه يصير شارطا لنفسه الانتفاع بملك المشترى لأن استحقاقه لذلك لما كان من جهة الشرع ولو مع الشرط اغتفروه.

نعم يتجه أنه لايمكن من شغل ملك المشترى بمائه أو استعماله لماء المشترى إلا حيث نفعه وإلا فلا وإن لم يضر المشترى لأن الشرع لايبيح مال الغير إلا عند وجود منفعته به(=)

الآخر مادام لم يكن على الآخر ضرر من السقى بل يجبر الممتنع على

(=) وكذا يقال فى ماء للبائع أراد به شغل ملك المشترى من نفع له به. فاطلاقهم أنه لامنع مع عدم الضرر يحمل على غير ذلك. وإن ضرهما كان لكل منع الآخر لأنه يضر صاحبه من غير نفع يعود إليه فهو سفه وتضييع، ولم يجز السقى لهما ولا لأحدهما إلا برضاهما لأن الحق لهما. واعترضه السبكى بأن فيه إفساد المال وهو حرام. ثم أجاب بأن المنع لحق الغير ارتفع بالرضا ويبقى ذلك كتصرفه فى خالص ملكه، وأجاب غيره بحمل كلامهم على ماإذا كان يضرهما من وجه دون وجه، وهو أوجه لأن الجواب الأول لايدفع الاشكال لأن اتلاف المال لغير غرض معتبر حرام سواء ماله ومال غيره باذنه.

وإن ضرر أحدهما أى الثمر دون الشجر أو العكس وتنازع المتبايعان فى السقى فسخ العقد، أى فسخه الحاكم ورجحه السبكى خلافا للزركشى لتعذر إمضائه إلا بضرر أحدهما وليس أحدهما أولى من الآخر.

وفى النهاية والمغنى: الفاسخ للعقد هو المتضرر. وقيل: الحاكم وجزم به ابن الرفعة وصححه السبكى. وقيل: كل من العاقدين واستظهره الزركشى.

قال ابن حجر: وإنما كان الفسخ للحاكم لأن ذات المبيع سليمة وإنما القصد دفع التخاصم لا إلى غاية وهو مختص بالحاكم، ولأن التنازع هنا سببه ضرر متيقن وهو إنما يزيله الحاكم، ويفسخ الحاكم إلا أن يسامح المالك المطلق التصرف المتضرر فلا فسخ.

وقيل: يجوز لطالب السقى أن يسقى ولامبالاة بالضرر لدخوله فى العقد عليه. ولو كان الثمر يمتص رطوبة الشجر لزم البائع أن يقطع الثمر أو يسقى الشجر دفعا لضرر المشترى. ولو كان السقى يضر أحدهما وتركه يمنع زيادة عظيمة للآخر فسخ العقد كما أفهمه كلام السبكى ورجحه غيره.

ولو تعذر السقى لانقطاع الماء، تعين القطع كما فى المغنى.

ولو هجم من ينفعه السقى وسقى قبل الفسخ إما لعدم علم الآخر، وإما لتنازعهما وتولد منه الضرر فهل يضمن أرش النقص أم لا؟ فيه نظر والأقرب الأول لحصوله بفعل هو ممنوع منه. ذكره الشروانى. تحفة المحتاج وحاشية الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٦٠.

وفى الحلية، جـ٢، ص ٥٥٠: «فان احتاج أحدهما إلى سقى ماله وكان على الاخر ضرر فى السقى وتشاحا ففيه وجهان. قال أبو إسحاق: يفسخ العقد. وقال أبو على بن أبى هريرة: يجبر الممتنع منهما عليه».

وفى التتمة، جـ٤، ورقة ١٥٦ ، ١٥٧: «إذا باع الشجرة وبقيت الثمرة له فاحتاجت إلى السقى فعلى المشترى تمكينه من السقى إذا لم يكن السقى مضرا بالنخل لأن فيه غرضا صحيحا كما عليه تبقية الثمرة إلى أوان الجذاذ. ولايجب على المشترى السقى إن كانت الشجرة له. بخلاف من باع الثمرة بعد بدو الصلاح واحتاجت إلى السقى فعلى البائع الذى هو صاحب الشجرة السقى فى أحد الوجهين، والفرق أنه إذا باع الثمرة فعليه تسليم الثمرة كاملة لأنه ماملكها من جهته. فأما إذا كان السقى مضرا بالأصول وينفع (=)

موافقته. ومن ثم فعلى المشترى تمكين البائع من دخول البستان لسقى

(=) الثمرة. قال أبو إسحاق المروزى إن رضى أحدهما بالتزام الضرر يمضى العقد بينهما، وإن امتنع ينفسخ العقد بينهما لأن دفع الضرر عنهما واجب وليس يتأتى ذلك فيعذر إمضاء العقد. وقال ابن أبى هريرة: يجبر المشترى على تمكينه من السقى لأنه لما اشترى النخلة مع علمه بأن الثمرة تبقى وتحتاج إلى السقى فقد رضى به، وهكذا عكس المسألة وهى إذا كان السقى يضر بالثمرة وينفع الأصول فعلى طريقة أبى اسحاق يفسخ العقد، وعلى طريقة ابن أبى هريرة يجبر البائع على التمكن منه لأنه لما باع مع علمه بأن صلاح الشجرة بالسقى وأنه يحتاج إلى مراعاة صلاحها فكأنه قد رضى به».

وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣ - ٢٠٦: «وإذا استحق البائع ترك الثمرة على نخل المشترى إلى وقت الجذاذ فقد تحتاج الثمرة إلى مايصلحها من السقى فيجب على المشترى تمكينه من السقى لما قد استحقه من إصلاح ثمرته. وإذا كان كذلك فلا يخلو حال السقى من أحد أمرين: إما أن يكون ممكنا، أو متعذرا.

فإن كان السقى ممكنا لم يخل حاله من أربعة أقسام:

أحدهما: أن يكون نافعا للنخل والثمرة فللبائع أن يسقى وعلى المشترى أن يمكنه. ومؤنة السقى على البائع دون المشترى لما فيه من صلاح ثمرته وإن كان لنخل المشترى فيه صلاح، لأن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع. والفرق بين هذا وبين أن يبيع صاحب النخل ثمرته فيجب سقيها على صاحب النخل دون مشترى الثمرة: أن من باع ثمرة وجب عليه تسليمها بمنافعها ومن منافعها السقى فوجب على بائعها دون المشترى لها وليست هذه الثمرة الحاصلة لبائع النخل بالتأبير مضمونة على صاحب النخل بالتسليم فلم يجب عليه السقى.

فلو امتنع البائع فى مسئلتنا من سقى ثمرته لم يجبر عليه، وقيل لمشترى النخل: إن أردت سقى نخلك فاسقه ولانجبرك عليه. الحال الثانية: أن يكون السقى مضرا بالنخل والثمرة. فإن أراد صاحب النخل أن يسقى كان لصاحب الثمرة أن يمنعه لأنه لاينفعه ويضر غيره. وإن أراد صاحب الثمرة أن يسقى كان لصاحب النخل أن يمنعه لأنه لاينفعه ويضر غيره. فلو قال صاحب الثمرة: أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزرع لم يجز. وكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه لسقيها إلى وقت الجذاذ، ولأنه إنما كان يستحق من الماء مافيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها. الحال الثالثة: أن يكون السقى نافعا للنخل مضرا بالثمرة فقد اختلف أصحابنا: هل لصاحب النخل أن يسقى مع مافى السقى من مضرة الثمرة؟.

فحكى عن أبى اسحاق المروزى أنه قال: لصاحب الثمرة أن يمنعه من السقى لما فيه من مضرة الثمرة، فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ العقد لما يلحقه فى منع السقى من المضرة. (=)

ثمرته. فان لم يأتمنه نصب الحاكم أمينا للسقى.

ولو امتنع البائع من سقى ثمرته لم يجبر عليه، وقيل لمشترى الشجر: إن أردت سقى أشجارك فاسقها ولانجبرك عليه. وعدم جبر البائع على السقى ان لم يكن عدم السقى مضرا بالشجر لامتصاص الثمر رطوبته والحجة فى أن لكل واحد منهما سقى ماله عند الحاجة إلى السقى، ولم يكن السقى مضرا بالآخر: أن فى السقى غرضا صحيحا وهو إصلاح المال من غير إضرار بأحد فجاز . ولأن المنع فى السقى حينئذ سفه وتضييع أو عناد.

٢- عند السقى فان أجرة السقى ونفقته على من يسقى لأن منفعته تحصل له. فان سقى البائع لحاجة ثمره إلى السقى كانت الأجرة عليه لأن الثمرة ملكه ومن ثم فليس للبائع تكليف المشترى السقى لأنه لم يلتزم تنمية الثمرة فلتكن مؤنته على البائع. وإن سقى مشترى الشجرة لحاجة شجرته إلى السقى كانت المؤنة عليه لاختصاصه بالمنفعة. صرح به الشيرازى وغيره.

ففى الحاوى: «أن يكون السقى نافعا للنخل والثمرة فللبائع أن يسقى وعلى المشترى أن يمكنه ومؤنة السقى على البائع دون المشترى لما فيه من صلاح ثمرته وإن كان لنخل المشترى فيه صلاح، لأن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع»[١].

(=) وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال: لصاحب النخل أن يسقى ويجبر صاحب الثمرة على تمكينه لما فيه من حقوق ملكه ولاخيار. ثم مؤنة السقى هاهنا على صاحب النخل لاختصاصه بالمنفعة.

والحال الرابعة:أن يكون السقى نافعا للثمرة مضراً بالنخل. فعلى قول أبى اسحاق المروزى: لصاحب الثمرة أن يسقى لصلاح ثمرته، ولصاحب النخل فسخ البيع لما يلحقه من الاضرار بنخله. وعلى قول أبى على بن أبى هريرة:له أن يسقى ثمرته جبرا ولاخيار لصاحب النخل».

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣.

وفى موضع آخر: «... لصاحب النخل أن يسقى لما فيه من حقوق ملكه ثم مؤنة السقى هاهنا على صاحب النخل لاختصاصه بالمنفعة[١].

وفى التتمة: «إذا باع الشجرة وبقيت الثمرة له فاحتاجت إلى السقى فعلى المشترى تمكينه من السقى إذا لم يكن السقى مضرا بالنخل لأن فيه غرضا صحيحا كما عليه تبقية الثمرة إلى أوان الجداد، ولايجب على المشترى السقى إن كانت الشجرة له»[٢].

فهنا صاحب التتمة أوجب المؤنة على البائع لأنه هو الذى يريد سقى ثمرته ومن ثم فليس على مشترى الشجرة هذا الالتزام. وإنما الذى يلتزمه هو تمكين صاحب الثمرة من السقى مادام لايضر بالشجر. وعليه فان مشترى الشجرة إن أراد سقيها فعليه المؤنة.

وكون نفقة سقى ثمرة البائع عليه لاعلى مشترى الشجرة فى مسألتنا بخلاف مسألة من باع الثمرة بعد بدو الصلاح واحتاجت إلى السقى فان على البائع الذى هو صاحب الشجرة السقى فى أحد الوجهين. للفرق بينهما. قال فى التتمة[٣]: «والفرق أنه إذا باع الثمرة فعليه تسليم الثمرة كاملة لأنه ماملكها من جهته».

وفى الحاوى[٤]: «والفرق بين هذا وبين أن يبيع صاحب النخل ثمرته فيجب سقيها على صاحب النخل دون مشترى الثمرة: أن من باع ثمرة وجب عليه تسليمها بمنافعها، ومن منافعها السقى فوجب على بائعها دون المشترى لها، وليست هذه الثمرة الحاصلة لبائع النخل بالتأبير مضمونة على صاحب النخل بالتسليم فلم يجب عليه السقى».

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٤.

(٢) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦.

(٣) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٦.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣.

٣- عند حاجة الثمار إلى السقى ولم يكن مضرا بالشجر، فقد تقدم أن على مشترى الشجر تمكينه من دخول البستان لسقى ثماره وتعهدها إن كان أمينا فان لم يأتمنه نصب الحاكم أمينا للسقى، ومؤنة الأمين والسقى على البائع. وأطلق القليوبى فقال: لو لم يأمن أحدهما الآخر نصب الحاكم أمينا ومؤنته على من لم يأمن. فيشمل البائع والمشترى لأن المشترى أيضا قد لايأمن البائع على شجرته التى اشتراها وعليها ثمار للبائع.

٤- ان كان السقى يضر بهما أى بالثمر والشجر فليس لأحدهما السقى إلا برضا الآخر، لأنه يدخل عليه ضررا. وقد يراد بضررهما عدم نفعهما فيشمل مالو انتفى النفع والضرر عن كل منهما. قال الرملى: هو المعتمد.

فان ضرهما كان لكل واحد منهما منع الآخر لأنه يضر صاحبه من غير نفع يعود إليه فهو سفه وتضييع، ولم يجز لهما السقى ولا لأحدهما إلا برضاهما لأن الحق لهما وإن حرم من حيث حق الله تعالى.

واعترضه السبكى بأن فيه افساد المال وهو حرام، ثم أجاب بأن المنع لحق الغير ارتفع بالرضا ويبقى ذلك كتصرفه فى خالص ملكه وأجاب غيره بحمل الكلام على ما إذا كان يضرهما من وجه دون وجه. وأجاب بعض بأن الضرر غير محقق فاغتفر عند الاذن ماذكر. والجواب الثانى أوجه فى نظر الهيتمى لأن الجواب الأول لايدفع الاشكال لأن اتلاف المال لغير غرض معتبر حرام سواء ماله ومال غيره باذنه .

قال فى الأسنى: والاعتراض قوى ولايكفى فى رده ماذكر من المقصود وقد ذكر الأسنوى الاعتراض ولم يجب عليه.

٥- إن كان السقى نافعا لأحدهما مضرا بالآخر فان اتفقا على السقى أو على ترك السقى جاز لأن الحق لهما. وإن تشاحا بأن دعا إلى السقى من

له منفعة وامتنع من عليه الضرر من السقى هنا اختلف الأصحاب: هل لصاحب الشجر أن يسقى مع مافى السقى من مضرة الثمرة؟ أو العكس؟.

ذهب البعض إلى احتمالات ثلاث. الأول: يجاب المشترى. الثانى: يجاب البائع. الثالث: يتساويان. إلا أن الجمهور على وجهين فى الخلاف.

الوجه الأول: يجبر الممتنع منهما فلطالب السقى سواء كان البائع أو المشترى أن يسقى، ولايبالى بضرر الآخر لأنه حين دخل فى العقد رضى بدخول الضرر على نفسه لأنه يعلم أنه لابد من السقى وبه قال أبو على بن أبى هريرة، ومن ثم فلا يفسخ العقد.

الوجه الثانى: يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فى الاضرار فوجب أن يفسخ لتعذر امضاء العقد إلا باضرار أحدهما إلا أن يسامح المتضرر وبه قال أبو اسحاق المروزى وصححه النووى فى الروضة.

وعلى القول بالفسخ فان الذى يفسخه اختلف فيه على وجهين:

الوجه الأول: أنه الحاكم رجحه السبكى وجزم به ابن الرفعة وصححه المحلى والقليوبى.

وحجة هذا الوجه أن ذات المبيع سليمة وإنما القصد دفع التخاصم لاإلى غاية وهو مختص بالحاكم، ولأن التنازع هنا سببه ضرر متيقن، وهو إنما يزيله الحاكم.

وقد قدمنا أن الحاكم يفسخ إلا أن يسامح المالك المطلق التصرف المتضرر فلا فسخ. قال الأذرعى: ولايأتى فيه الاعتراض بافساد المال كما توهم بل هو إحسان ومسامحة.

الوجه الثانى: أن الفسخ موكول للمتضرر. أخذ به صاحب النهاية

وصاحب المغنى واستظهره الزركشى، واعتمده الرملى والزيادى.

وسواء كان الفسخ بيد الحاكم، أو بيد المتضرر فان من ينفعه السقى لو هجم وسقى قبل الفسخ إما لعدم علم الآخر، وإما لتنازعهما وتولد منه الضرر فهل يضمن أرش النقص أم لا؟ فيه نظر. قال الشروانى: الأقرب أنه يضمن أرش النقص لحصوله بفعل هو ممنوع منه.

٦- لو كان السقى يضر بواحد، وتركه يمنع حصول زيادة عظيمة للآخر ففيه احتمالان كالوجهين فى البند السابق. وقال الهيتمى: يفسخ العقد كما أفهمه كلام السبكى ورجحه غيره.

٧- إذا انتفى الضرر والنفع معا فان بعض الأصحاب يرى عدم المنع من السقى لأن المنع حينئذ تعنت. بينما يرى البعض الآخر التوقف فيه إذ لاغرض للبائع حينئذ فكيف يلزم المشترى تمكينه. ذكر ذلك فى الأسنى وحاشية الرملى.

٨- إذا كان السقى لحاجة الثمار ولم يسق البائع أجبر عليه أو على قطع ثمرته إن تضرر الشجر ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبة الشجر أو نقصها لحمله فى المستقبل نقصا كبيرا فيجبرعلى أحدهما دفعا للضرر عن المشترى.

٩- السقى يكون بالماء المعد لسقى تلك الأشجار فيسقى به البائع ثمرته، وإن كان لمشترى الشجرة فيه حق، فيمكن البائع من السقى ولو من بئر دخلت فى البيع للمشترى، وليس ذلك من شرط البائع لنفسه أى ليس فيه أنه يصير شارطا لنفسه الانتفاع بملك المشترى حتى يقال ببطلان العقد. وإنما لايبطل العقد هنا لأن السقى تابع فلا يبطل العقد، أى لأن استحقاق البائع لذلك جاء من جهة الشرع، فلما كان من جهة الشرع ولو مع الشرط اغتفروه.

١٠- لو لم يسق البائع الذى هو صاحب الثمرة وطلب أن يأخذ لنفسه الماء الذى كان يسقى به لم يمكن من أخذه. فمثلا لوقال البائع: أريد أن آخذ الماء الذى كنت استحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها لم يجز. وكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جدادها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه لسقيها إلى وقت الجداد، لأنه إنما كان يستحق من الماء مافيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها.

١١- لو اختلفا فى قدر السقى فقال البائع يسقى كل عشر أيام سقية، وقال المشترى: بل فى كل عشرين يوما سقية، رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك فما احتيج إليه أجبر عليه الآخر إذا قلنا يجبر. هكذا فى البيان[(١)].

وفى الحاوى الكبير: «فلو اختلفا فى قدر السقى لم يرجع فيه إلى واحد منهما، وسئل أهل الخبرة بالثمرة فما ذكروا أنه قدر كفايتها كان على صاحب النخل تمكينه منه دون الزيادة عليه أو التقصير عنه»[(٢)].

وفى الأم: «وإن اختلفا فى السقى فان الشافعى رضى الله عنه قال: حملا فى السقى على مالا غنى بالثمر ولاصلاح إلا به، وما يسقى عليه أهل الأموال أموالهم فى الثمار عامة لامايضر بالثمر ولامايزيد فيه مما لايسقيه أهل الأموال إذا كانت لهم الثمار»[(٣)].

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٥.
(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٥.
(٣) الأم، جـ٣، ص ٤٤، مجلد/ ٢.

ثانيا: إذا كان السقى متعذرا

تعذر السقى يرجع إلى أحد أمرين. إما أن يكون لاعواز الماء، وإما لفساد الآلة:

اولا: تعذر السقى لاعواز الماء:

يذكر الماوردى: أنه إن كان تعذر الماء لاعوازه سقط حكم السقى(١).

ويذكر الشروانى: أنه لو تعذر السقى لانقطاع الماء تعين القطع كما فى المغنى(٢).

وفى التتمة: اذا انقطع ماء الوادى واحتاجت الشجرة إلى الماء نظرنا. فان قال أهل المعرفة أنه ليس فى تبقية الثمرة على الشجرة ضرر ظاهر تبقى. وإن قالوا: يخاف من تبقية الثمرة على الشجرة أن تستجلب مائها فتهلك الشجرة ففى المسألة قولان ذكرهما فى الأم.

القول الأول: لايكلف القطع لأن المشترى دخل فى العقد على التبقية.

القول الثانى: يكلف القطع لأمرين:

أحدهما: أن الضرر لايندفع عن البائع بالكلية بتبقيتها لأنه لاتتكامل الثمرة دون الماء، والضرر يندفع عن المشترى بالقطع. الثانى: أن الضررين إذا تقابلا اندفع أعظمهما. والضرر على المشترى أعظم لأن الأصل له ويخشى فواته بترك الثمرة عليه، وأما البائع فهو صاحب الفرع ولايفوت الأصل بحفظ الفرع(٣). وصرح البعض أن القولين فيما إذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة، فان لم يكن وجب عليه القطع بلا خلاف.

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٥.

(٢) الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٦٠.

(٣) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧ . وانظر نص المهذب السابق بالهامش أول المسألة.

ثم ان الماوردى بعد أن قال بسقوط حكم السقى باعواز الماء تعرض لحكم ترك الثمرة على شجرة المشترى على النحو السابق لكن بتفصيل مفيد. قال: ثم لايخلو حال الثمرة فى تركها على النخل من أربعة أحوال.

أحدهما: أن يكون تركها بغير سقى يضر بالنخل وبها، فقطعها واجب، ولرب النخل أن يجبر صاحب الثمرة على قطعها لأن فيه مضرة بالنخل وليس فيه منفعة للثمرة.

والحال الثانية: أن يكون تركها غير مضر بالنخل ولابها فله ترك الثمرة إلى وقت جذاذها، لأنه لامضرة على صاحب النخل فى تركها.

والحال الثالثة: أن يكون تركها مضرا بالثمر دون النخل، فصاحب الثمرة بالخيار فى أخذ الثمرة أو تركها، ولايقال لصاحب النخل لأنه لاضرر عليه فيها.

والحالة الرابعة: أن يكون تركها مضرا بالنخل دون الثمرة ففيه قولان:

القول الأول: لرب الثمرة أن يقر الثمرة على النخل إلى وقت الجذاذ، وان ضر بنخل المشترى لما فيه من صلاح الثمرة ودخول المشترى معه على بصيرة.

والقول الثانى: على رب الثمرة أخذ ثمرته، وللمشترى إجباره على قطعها ليزيل عنه ضرر تركها[1]، وهذا القول هو الأظهر كما فى الروضة[2].

أقول: فمحل الخلاف هو الحالة الرابعة، والراجح فى نظرنا هو جبر البائع على قطع ثمرته حينئذ للمعانى التى ذكرناها سابقا عن صاحب

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٥.
(٢) أنظر الروضة بهامش أول المسألة.

التتمة، ولأن المشترى إنما رضى بذلك إذا لم يضر به فاذا أضر به لم يلزمه تركه[١].

ثانيا: تعذر الماء لفساد الآلة، ونحوها:

إن تعذر الماء لفساد الآلة أو لفساد المجارى، أو لطم الآبار، فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له إصلاح مايوصله إلى الماء.

فان كان ذلك مضرا بالشجر وجب على مشترى الشجر أن يزيل الضرر بسوق الماء إلى الشجر ولايجبر رب الثمرة على قطع ثمرته. وإن كان مضرا بالثمرة لزم صاحب الثمرة وهو البائع ذلك أو يقطعها.

وإن كان مضرا بهما جميعا لزم ذلك صاحب الشجر لما ذكرنا إلا أن يبادر صاحب الثمرة إلى قطع ثمرته فيسقط عنه. والله أعلم[٢].

مذهب الحنابلة:

يرى الحنابلة كما فى المغنى والشرح: أنه إن كانت الثمرة للبائع مبقاة فى شجر المشترى فاحتاجت إلى سقى لم يكن للمشترى منعه منه. وحجة ذلك أن الثمر يبقى بالسقى فلزم المشترى تمكين البائع منه كترك الثمر على أصوله.

وإن أراد البائع سقيها من غير حاجة فللمشترى منعه منه. وحجة ذلك أنه بسقيه يتضمن التصرف فى ملك الغير، ولأن الأصل منعه من التصرف فى ملك غيره، وإنما أباحته الحاجة. فان لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع.

فان احتاجت الثمرة إلى السقى وكان فيه ضرر على الشجر أو احتاج

---

(١) أنظر نص المهذب بهامش أول المسألة.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٥ ، ٢٠٦.

الشجر إلى سقى يضر بالثمرة فقال القاضي: أيهما طلب السقى لحاجته أجبر الآخر عليه لأنه دخل فى العقد على ذلك فان المشترى اقتضى عقده تبقية الثمرة[1]، والسقى من تبقيتها والعقد اقتضى تمكين المشترى من حفظ الأصول وتسلمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وإن أضر به.

والسقى بقدر الحاجة، فان اختلفا فى قدر الحاجة رجع إلى أهل الخبرة. وأيهما التمس السقى فالمؤنة عليه لأنه لحاجته.

فان خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره، والضرر يسير لم يجبر البائع على قطع ثمرته لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره. وإن كان كثيرا فخيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان.

أحدهما: لايجبر أيضا للعلة المذكورة فى الضرر اليسير.

الثانى: يجبر على القطع لأن الضرر يلحقها إن لم تقطع، والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى. قال ابنا قدامة: وللشافعى قولان كالوجهين[2].

---

(١) إما بشرط من البائع، أو بتأبير الثمرة، أو ظهورها كما تقدم.

(٢) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢١٢ . وفى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨١: «ولبائع سقى ثمرته لمصلحة. ولمشتر سقى ماله إن كان السقى مصلحة لحاجة وغيرها. وليس لأحدهما السقى لغير مصلحة لأن سقيه يتضمن التصرف فى ملك غيره والأصل المنع، وإنما إباحته للمصلحة. وأيهما طلب السقى فمؤنته عليه وحده ولايلزم أحدهما سقى ماللآخر ولامشاركته فى سقيه لأنه لم يملكه من قبله».

ويقول فى الروض «ولكل السقى لمصلحة ولو تضرر الآخر» قال العنقرى «مقتضى ذلك أن المشترى لايملك منع البائع من الزرع بجانبها ولو أضر بها، لأنه لايمنع من الانتفاع بملكه ولو أضر بغيره» الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٩.

وفى الانصاف «قال المصنف: وإن احتاج الزرع والثمرة إلى سقى لم يلزم المشترى ولم يملك منع البائع منه. وظاهر كلام المصنف أنه لايسقيه إلا عند الحاجة وهو أحد الوجهين. والوجه الثانى: له سقيه للمصلحة سواء كان ثمة حاجة أو لا ولو تضرر الأصل وهو (=)

ويفرق الحنابلة بين الحاجة والمصلحة فى ترتب الحكم فابنا قدامة اعتبرا الحاجة فلكل منهما السقى عند حاجة ماله إليه، ولاشك أن فيه مصلحة للمال.

بينما الجمهور اعتبر المصلحة، وهو المذهب كما فى الانصاف، ومن ثم فلكل منهما السقى للمصلحة سواء كان ثمة حاجة أولا[(١)].

ويرى الاباضية: أنه لابد من السقى عند الحاجة، ولكن اختلفوا فيمن يكلف به أهو البائع أم المشترى؟ والصحيح فى المذهب أن السقى يلزم البائع إن كانت الشجرة تتضرر بعدم السقى وإلا لايلزمه، كما لايلزم المشترى قال أطفيش: وذلك هو التحقيق عند الاطلاق. وأما إن كانت العادة أن يسقيها مالك الشجرة أو دخلا على هذا فانه يلزمه. وقيل: إذا أطلقا ولاعادة لزم مالك الشجرة، والصحيح الأول.

والسقى يكو مما تسقى منه. فلا يمنع أحدهما الآخر من السقى مما تسقى منه ومن الساقية[(٢)]، والأرض التى تسقى منها، فان منع من ذلك ورده إلى مثل ذلك مما لامشقة فيه زائدة عليه جاز[(٣)].

(=) المذهب. وكذا الحكم لو احتاجت الأرض إلى السقى» الانصاف، جـ٥، ص ٦٤.
ويقول الزركشى: «وان احتاجت الثمرة مدة بقائها على الأصول إلى سقى لم يلزم المشترى لأن البائع لم يملكها من جهته، لكنه لايملك منع البائع منه إن احتاجت اليه الثمرة، وان أضر بالأصل لاقتضاء العقد البقاء وكذلك ان احتاجت الأصول إلى سقى لم يملك صاحب الثمرة منع ربها وإن أضر بثمرته كذلك أيضا»، فالزركشى لم ينظر إلى الضرر لدخولهما فى العقد على ذلك. شرح الزركشى، مجلد/ ٣، ص ٤٩٠، ٤٩١.

(١) أنظر النصوص السابقة.

(٢) وهى القنوات التى يسير فيها الماء.

(٣) شرح النيل، جـ٨، ص ١١٧، ١١٨. ولاحظ ص ٣٢٠ من المصدر السابق.

خلاصة المذاهب فى السقى:

مما سبق فى عرض المذاهب يمكن تلخيصها فى الآتى:

١- اتفقوا على جواز السقى فى الجملة لمن احتاج إليه من المتبايعين.

٢- التزم المالكية بعدم الضرر من السقى. فعندهم أن لكل من المتبايعين السقى إلى وقت الجذاذ بشرط أن لايضر أحدهما الآخر، فان ضر أحدهما الآخر أعنى سقى أحدهما الآخر منع منه، ويغتفر ارتكاب أخف الضررين وكذلك الشافعية فى الصحيح.

فعندهم أن لكل منهما السقى عند الحاجة إن لم يكن على الآخر ضرر. أما الحنابلة فانهم لم يلتزموا بذلك فعندهم لكل منهما السقي عند الحاجة أو عند المصلحة ولو ضر أحدهما الآخر. والسقي عندهم بقدر الحاجة أو المصلحة، وعند الاختلاف فى قدرها يرجع إلى أهل الخبرة.

وقال الشافعية: إن كان على أحدهما ضرر من سقى الآخر ولم يرض به المتضرر بل تشاحا وتنازعا. فوجهان. الأول: فسخ العقد وصححه النووى فى الروضة. والثانى: يجبر الممتنع ولايفسخ العقد ولاعبرة بضرر المتضرر.

وعلى القول بالفسخ هل الذى يفسخ العقد هو الحاكم أم المتضرر وجهان.

وإن خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها عند تعذر السقى لعدم الماء أو غير ذلك، فان كان الضرر يسيرا لايجبر البائع على قطعها، وإن كان كثيرا فوجهان للشافعية والحنابلة.

٣- يرى المالكية أن السقى يقوم به أى منهما عند انتفاء المشاحة والمنازعة، وأما عند المنازعة والمشاحة فالسقى على صاحب الأصل وهو المشترى عند جمهورهم كما هو الحال فى القسمة. ويرى العدوى أنه على

البائع أى صاحب الثمر.

ويقول العدوى قال الاباضية فى صحيح مذهبهم وذلك عند الاطلاق ولم تكن عادة مخالفة، فان كانت العادة أن يسقى مالك الشجر اتبعت العادة. وقيل: إذا أطلقا ولاعادة لزم مالك الشجر، واتفق الاباضية على أنه يعمل بالشرط هنا فان دخلا فى العقد على أن السقى على مالك الشجر عمل به.

وقال الحنابلة السقى مؤنته على طالبه بائعا كان أو مشتريا لأن السقى لحاجته، وهو قول الشافعية.

٤- والسقى يكون بالماء المعد لسقى تلك الأشجار قبل البيع وبنفس الطريقة التى جرت العادة بها قبل العقد. وصرح الاباضية بأنه عند المنع من ذلك ورد طالب السقى إلى مثل ماجرت به العادة قبل العقد مما لامشقة فيه زائدة عليه جاز.

٥- عند الاختلاف فى السقى وقدره بين صاحب الشجر، وصاحب الثمر فى مسألتنا يرجع إلى أهل الخبرة فى ذلك، ولايرجع فيه إلى واحد من المختلفين فيه.

أقول: هذه خلاصة المذاهب فى أحكام السقى إذا بيعت الشجرة مثمرة وبقيت الثمرة للبائع. والتفصيل والأدلة قد عرضناه وعرضناها.

الفرع الثالث

مسائل فى خيار بيع الشجرة

حكم الثمر إذا رد الأصل بالعيب:

علمنا أن الجمهور قد ذهب إلى أن العقد على الشجرة لايتناول الثمرة إلا بشرط من المبتاع وهو المشترى إذا كانت الثمرة مؤبرة إذ لاتدخل فى البيع إلا به. وعلى هذا فاذا كانت مؤبرة حين شراء أصلها واشترطها معه، ثم وجد بالأصل عيبا أعنى وجد بالشجرة عيبا فان له ردها بالعيب لكن هل يرد معها الثمرة؟ للفقهاء قولان.

القول الأول: يردها مع الأصل لأن لها حصة من الثمن.

القول الثانى: لايردها لأنها غلة. وبه قال أشهب من المالكية[١]. وابن حزم الظاهرى حيث قال: «فان وجد بالنخل عيبا ردها ولم يلزمه رد الثمرة لأن بعض الثمرة ثمرة. وقوله عليه السلام: وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع يقع على كل ما كان منها يسمى ثمرة للنخل، والاشتراط غير البيع فلا يرد ما اشترط من أجل رده لما اشترى، إذ لم يوجب ذلك نص قرآن ولاسنة»[٢].

هل الحكم عند فساد العقد كحكم الرد بالعيب؟.

من اشترى أصولا مثمرة مؤبرة[٣] واشترطها وقت البيع ثم أزهت عنده[٤] وكان عقد البيع فاسدا وفسخ شراؤه بفساده فالثمرة له.

---

(١) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٤٩.

(٢) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٩ مسألة ١٤٥٤.

(٣) يعنى أشجارا مثمرة مؤبرة.

(٤) أى بدا صلاحها فى ملكه.

وقال الحطاب: وأما فى البيع الفاسد فلم أقف الآن على نص صريح فيه والظاهر أن حكمه حكم الرد بالعيب[١].

وجزم ابن حزم الظاهرى بوجوب رد الثمرة حيث قال: «فلو اشترى الأصول من النخل واشترط الثمرة أو بعضها فوجد البيع فاسدا فوجب رده رد الثمرة ولابد، وضمنها إن كان أتلفها أو تلفت لأن رسول الله - ﷺ - لم يبح الاشتراط إلا للمبتاع ولايكون مبتاعا إلا من قد صح بيعه، وأما من لم يصح بيعه فليس هو الذى جعل له النبى - ﷺ - اشتراط الثمرة، فاذ ليس هو ذلك فحرام عليه مااشترطه بخلاف أمر رسول الله - ﷺ - ، وهو متعد. قال تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[٢].

وقول ابن حزم هو الراجع فى نظرنا لقوة دليلة فيجب رد الثمرة حينئذ إن وجدت وإلا فعليه ضمانها سواء أتلفها هو زم تفلت. فعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه.

إذا كانت الثمرة للمشترى فأكلها البائع، أو جذها فقط:

لو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى لنفسه فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة[٣] أى فيتخير المشترى إن شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه[٤].

أما لوجذ البائع الثمر، والمجذوذ قائم بعينه فينظر هل حصل بالجذاذ

---

(١) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٤٩.
(٢) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ مسألة ١٤٥٤ . والآية رقم: ١٩٤ من سورة البقرة.
(٣) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ . وأنظر حاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١.
(٤) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ . ولاحظ الاختيار، جـ٢، ص ٦.

نقص أم لا ؟ فان جذه فى حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشترى ويقبضهما بجميع الثمن. ولو قبضهما بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيبا له أن يرد المعيب خاصة لأنه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصار كأنهما كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما إذا جذه المشترى بعد القبض ثم وجد بأحدهما عَيبا أنه ليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما جميعا أو يمسكهما لأنهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعا فافراد أحدهما بالرد يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لايجوز(١).

أقول: هذا الذى تقدم إنما إذا لم ينقصه جذاذ البائع بأن جذه فى حينه وأوانه. فأما إذا نقصه بأن جذه فى غير حينه فان الكاسانى ذكر سقوط حصة النقصان عن المشترى لأنه لما نقصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض فتسقط عن المشترى حصته من الثمن، وله الخيار فى الباقى لتفرق الصفقة عليه(٢).

اذا كانت الثمرة للبائع وأبى مشترى الشجرة ابقاءها:

يرى الحنفية عدم جواز استئجار البائع للشجرة المبيعة ليترك عليها ثمرته وإنما تعار الشجرة إلى الادراك فلو أبى المشترى اعارتها كان البائع بالخيار إن شاء أبطل البيع، وإن شاء قطع الثمر. كذا فى جامع الفصولين.

قال فى البحر: ولافرق يظهر بين المشترى والبائع. قال صاحب الدر: فليحفظ(٣).

وجود مالم يكن، والجهل بما كان:

تقدم عند الجمهور أن الثمرة للبائع بالتأبير فى النخيل وبظهور الثمرة

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.
(٢) المصدر السابق.
(٣) الدر المنتقى بهامش، مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.

فى غيره، وأنها مبقاة إلى وقت الجذاذ[١]. فلو اشترى انسان نخلا قد رآها قبل الشراء لاطلع عليها، فوجد عليها طلعا مؤبرا.

قال الشافعي رحمه الله: فللمشترى الخيار، لأنه يفوت الثمرة فى النخل تلك السنة فثبت له الخيار. ولأن ملكه يبقى مشغولا بحق غيره وذلك نقص فثبت فيه الرد[٢].

وفى الأسنى: «فان جهل المشترى حصول ماذكر خير»[٣].

والحنابلة كالشافعية فى ثبوت الخيار للمشترى فى مسألتنا. ففى المغنى والشرح: «لو اشترى نخيلا فيه طلع فبان أنه مؤبر فله الخيار لأنه يفوت المشترى ثمرة عامة ويضر بقاؤها بنخله»، لكن ان تركها له البائع لم يكن له خيار. فان قال: أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لأن ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها.

وإن اشترى شجرا فيه ثمر للبائع والمشترى جاهل بذلك يظن أن الثمر له فله الخيار أيضا كما لو جهل وجوده. لأنه إنما رضى ببذل ماله عوضا عن الشجر بما فيها، فاذا بان خلاف ذلك ينبغى أن يثبت له الخيار كالمشترى للمعيب يظنه صحيحا[٤].

ويقول البهوتى: «إن اشترى انسان نخلا فيها طلع فبان قد تشقق ولم يكن علم به المشترى فله الخيار بين الامساك والرد، فان تركها أى الثمرة له البائع فلا خيار له أي للمشترى، لأنه زاده خيرا فلزمه القبول لأن فيه

---

(١) لاحظ ماسبق فى مدى جبر البائع على قطع ثمرته.
(٢) هذا نص البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٣ ، ٧٤ . ولاحظ الأم للشافعى، جـ٣، ص٤٥، مجلد/٢.
(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠١.
(٤) المغنى، جـ٤، ص ٢١٤ ، ٢١٥ . الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥.

تصحيحا للعقد. وإن قال: أنا أقطعها الآن لم يسقط خيار المشترى لأنه لاتأثير له لأنه قد فات المشترى ثمرة ذلك العام. وإن ظن مشتر لشجرة دخول ثمر على شجر فى البيع وادعى الجهل به، ومثله يجهله فله الفسخ لأنه يفوت عليه منفعة الشجر عاما، وإن اختار الامساك فلا أرش له»(١).

وهل يستحلف على عدم العلم؟ الظاهر أنه يحلف فالقول قوله بيمينه. جاء فى الروض: «ويثبت الخيار لمشتر ظن دخول ماليس له من ثمر كما لو جهل وجوده»(٢).

قال العنقرى: «وهل يحتاج أن يحلف أنه لايعلم أنه له؟ الظاهر: أنه يحلف، والقول قوله بيمينه»(٣).

الفرع الرابع

مدى تأثير اختلاط حمل البائع بحمل المشترى على البيع إن كانت الثمرة لبائع الشجر المثمر

أقول: هذا الفرع متصور فى ثمرة غير النخيل من الشجر الذى يتتابع ظهور ثمره كالتين والجميز مثلا. أو بمعنى آخر الشجر الذى يحمل أكثر من مرة فى العام. كمن اشترى شجرة عليها حمل للبائع(٤)، وهى مما تثمر فى السنة مرتين ويغلب تلاحقها(٥)، هنا قد يحدث أن البائع لايأخذ حمله أى ثمرته حتى يحصل حمل للمشترى، ويختلط الحملان ولايتميز أحدهما عن الآخر. ولبيان أثر ذلك على صحة البيع نذكر ماقاله الفقهاء الذين تكلموا

---

(١) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨ . وانظر الانصاف، جـ٥، ص ٥٩.

(٢) الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٦.

(٣) حاشية العنقرى على الروض، جـ٢، ص ١٢٦.

(٤) وتكون للبائع كما تقدم إما بالتأبير فى النخيل أو بالبروز والظهور فى غيره، أو بالشرط إن كانت غير مؤبرة أو غير بارزة عند من يجيز له اشتراطها.

(٥) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٢٢ . وانظر النص هنا.

فيها وهم الشافعية والحنابلة.

أولا: مذهب الشافعية

إليك بعض النصوص التى تبين كيفية تناولهم المسألة وبيان أحكامها.

يقول فى الروضة: «فرع: باع شجرة عليها ثمرة للبائع، وهى مما تثمر فى السنة مرتين ويغلب تلاحقها، لايصح البيع إلا بشرط قطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط، ويجئ فيه الخلاف المذكور فيما إذا كان المبيع هو الثمرة. ثم إذا تبايعا بهذا الشرط فلم يتفق القطع حتى اختلطا، أو كانت الشجرة مما يندر فيها التلاحق والاختلاط فاتفق وقوعه فطريقان. قال الأكثرون: فى الانفساخ القولان. وقيل: لا انفساخ قطعا. فان قلنا: لا انفساخ، فسمح البائع بترك الثمرة القديمة، أجبر المشترى على القبول. وإن رضى المشترى بترك الثمرة الحادثة، أجبر البائع على القبول وأقر العقد. ويحتمل خلاف فى الاجبار، فان استمرا على النزاع فالمثبتون للقولين قالوا: يفسخ العقد. والقاطعون قالوا: لافسخ، بل أيهما كانت الثمرة والشجرة فى يده فالقول قوله فى قدر مايستحقه الآخر. قال فى التهذيب: هذا هو القياس، لأن الفسخ لايرفع النزاع، لبقاء الثمرة الحادثة للمشترى. وإن قلنا بالانفساخ، استرد المشترى الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار، قاله فى التتمة»[(١)].

وفى الأسنى: «فرع: فان اشترى الشجرة وعليها ثمرة للبائع يغلب تلاحقها كتين وقثاء لم يصح إلا بشرط قطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط فان شرط فلم يقطع أو كانت مما يندر تلاحقها وجرى الاختلاط كما سبق فى

(١) الروضة السابق، ص ٢٢٢، ٢٢٣ . وسنذكر نص التتمة هنا أيضا . وانظر حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٥١ . تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٧٠.

ثمار المشترى لم ينفسخ بل من سمح بحقه لصاحبه أجبر صاحبه على القبول وإن تشاحا فسخ العقد».

قال الرملى: (قوله يغلب تلاحقها) وهى مما يثمر فى السنة مرتين[١].

وفى المهذب: «وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للشمترى واختلطت ولم تتميز ففيه طريقان. قال أبو على بن خيران وأبو على الطبرى لاينفسخ العقد قولا واحدا بل يقال: إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ماعليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشترى فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لاينفسخ فى الدار. وقال المزنى وأكثر اصحابنا أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع»[٢].

وفى التتمة: «إذا باع الشجرة وعليها ثمرة فحدثت أخرى. وإنما يتصور ذلك فى التين فانه يخرج منه ثمرة بعد ثمرة فالحادث ملك المشترى بلا خلاف. ويخالف ما لو أطلعت النخلة المؤبرة بعد البيع فان الطلع للبائع، ووجهه أن النخل لاتحمل إلا حملا واحدا فاذا بقيت الثمرة للبائع بسبب التأبير بقى الجميع له، وأما التين يدوم حمله، فاذا ثبت ذلك، فاذا حدثت ثمرة أخرى فان كانت الحادثة تتميز عن المملوكة للبائع فلا كلام[٣]، وإن اختلطت بحيث لاتتميز بعضهما عن البعض نقل المزنى فى انفساخ العقد قولين. واختلف أصحابنا فمنهم من أنكر القولين فى هذه المسألة وقال:

---

(١) أسنى المطالب وعليه حاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠٨ ، ١٠٩.

(٢) المهذب، جـ١، ص ٢٨٢.

(٣) وقد تقدم الكلام عن ذلك فى موضعه من الفصل الثالث . وإنما المقصود هنا بيان حكم العقد إن وقع الاختلاط بين الحملين وتعذر التمييز.

لاينفسخ العقد قولا واحدا، وصورة القولين فيما لو باع الثمرة فحدثت أخرى، فأما هاهنا فالمبيع هو الشجرة والثمرة الباقية على ملك البائع ليست بمبيع والحادثة مملوكة بملك الأصل أيضا وليست بمبيع فلم يختلط المبيع بغير المبيع، ولكن اختلط ملك البائع بملك المشترى. ومن أصحابنا من قال: هذه المسألة أيضا على قولين لأن المقصود شرى الأصول والثمار، وقد استحقها بعقده فقد اختلط حق البائع بغيره فيجعل كأن المبيع بنفسه اختلط. وعليه يدل ظاهر كلام الشافعى لأنه قال: الخارجة للبائع والحادثة للمشترى. فاذا قلنا ينفسخ العقد بالاختلاط فالمشترى يسترد الثمن ويرد الشجرة مع جميع الثمار إلى البائع، وإذا قلنا لاينفسخ وهو الصحيح فيقال للبائع: أترضى بأن تترك جميع الثمرة للمشترى فان فعل يلزم المشترى قبوله، وإن لم يفعل يقال للمشترى: أترضى بأن تترك الثمرة الحادثة فان ترك يلزم البائع قبوله حتى لايحتاج إلى فسخ العقد، فان امتنعا انفسخ العقد بينهما لتعذر إمضائه»[(١)].

وفى البيان: «وإن اشترى من رجل شجرة وعليها ثمرة للبائع فلم يأخذ البائع ثمرته حتى حدثت فيها ثمرة أخرى واختلطا ولم تتميزا ففيه طريقان: قال عامة أصحابنا: هى على قولين. أحدهما: ينفسخ البيع. والثانى: لاينفسخ، بل يقال للبائع: أتسمح بترك ثمرتك للمشترى فان سمح أجبر المشترى على قبوله، وإن لم يسمح قيل للمشترى: أتسمح بترك ثمرتك الحادثة للبائع، فان سمح أجبر البائع على قبوله، وإن لم يسمح فسخ العقد بينهما. وقال أبو على بن خيران وأبو على الطبرى: لايفسخ البيع قولا واحدا، بل يقال لهما: من يسمح منكما بترك حقه أقر البيع، وإن لم يسمح واحدا منكما فسخ البيع، لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط بغيره، وانما اختلطت الثمرة فلم ينفسخ البيع فى الشجر كما لو اشترى دارا فيها طعام

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧ . وانظر حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٥١.

للبائع وطعام للشمترى فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لايفسخ فى الدار فكذلك هذا مثله. والمنصوص للشافعى رحمه الله الطريقة الأولى ولأن المقصود بالشجرة هو الثمرة بخلاف الدار»[١].

أقول: هناك خطأ فى عبارة البيان وهى مخطوطة باليد: فهو عندما تكلم عن قول ابن خيران وأبو على الطبرى وهما قالا بعدم الفسخ قولا واحدا رجع فقال: «وإن لم يسمح واحد منكما فسخ البيع»، وهذا لايتفق وعرضه للمسألة كما هو واضح ففى الكلام اضطراب يعوق فهمه ويصادم العقل، ومثله فى ذلك عبارة التتمة، والصحيح هو ما نعرضه ونذكره عن الماوردى فى الحاوى الكبير.

ففى الحاوى الكبير: «وأما المسألة الثانية: وهى مسألة الكتاب فصورتها: فى رجل باع أرضا ذات شجر مثمر، أو باع الشجر وحده وفيه ثمر، فحكم بالثمر للبائع لأجل التأبير، وبالشجر مع الأرض للمشترى فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتناول البائع ثمرته، فان كانت الحادثة تتميز عن الأولى بصغر، أو بلون، أو بنضج كانت الأولى للبائع والحادثة للمشترى والبيع على حاله[٢]، وإن كانت الحادثة لاتتميز عن الأولى نقل المزنى فى البيع قولان كالمسألة الأولى[٣]، فاختلف أصحابنا: فكان أبو على بن

---

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٨.

(٢) وقد تقدم بيان ذلك فى موضعه من الفصل الثالث. ومقصودنا من المسألة هنا هو بيان أثر الاختلاط على صحة العقد عند عدم التمييز.

(٣) يعنى الماوردى بالمسألة الأولى: «بيع الثمار منفردة، واختلاط المبيع منها بالحادث» والتى يعتبرها أساسا للمسألة التى معنا ومقدمة لها وماكان للمزنى أن يغفلها ففى الحاوى: «مسألة: قال المزنى: قال الشافعى رحمه الله: فاذا كانت الشجرة مما تكون فيه الثمرة ظاهرة ثم تخرج منها قبل أن تبلغ الخارجة ثمرة غيرها، فان تميز فللبائع الثمرة الخارجة وللمشترى الحادثة، وان كان لايتميز ففيها قولان».
قال الماوردى: ذكر الشافعى رحمه الله فى الأم مسألتين، نقل المزنى احداهما، وأغفل المقدمة منهما فكان الأولى البداية بما أغفله ليكون جواب الأخرى مبنيا عليها.(=)

خيران يمنع من تخريجها على قولين وينسب المزنى إلى الغلط فى نقله ويقول: البيع صحيح قولا واحدا لأن اختلاط الحادثة بالمتقدمة اختلاط فى غير المبيع ولأن عقد البيع إنما يتناول الأرض والشجر وما كان عليه من الثمرة لم يدخل فى العقد وما حدث من الثمرة لايوجد وقت العقد فلا يوقع فسادا فى العقد. وكان أبو إسحاق المروزى وطائفة يخرجون هذه المسألة على قولين: أحدهما: ان العقد باطل لما ذكرنا[١]، والثانى جائز، ويقال للمشترى: اسمح بالحادثة، فان سمح لزم البيع، وإن شح بها، قيل للبائع: أتسمح بالمتقدمة للمشترى؟ فان سمح بها لزم البيع، وإن شح وتنازعا فسخ الحاكم البيع بينهما. وما ذكره ابن خيران أصح جوابا وتعليلا. وإن كان نقل المزنى صحيحا والاذعان للحق أولى من نصر ماسواه. وعلى مايقتضيه مذهب ابن خيران: ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة، وإلا فالقول قول صاحب اليد ولايفسخ البيع لأنه لايجعل لما حدث تأثيرا فى البيع»[٢].

أقول: من النصوص السابقة يتضح الآتى عند الشافعية:

أ- ذكر فى الروضة: أن هذا البيع من أصله لايصح إلا بشرط القطع، أى بشرط قطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط. وهذا الشرط فيه خلاف[٣].

ب- أنه إن تميزت ثمرة البائع عن ثمرة المشترى الحادثة بلون، أو

(=) وصورتها: فى رجل باع ثمرة شجر أو بطيخ مزاح أو حمل باذنجان فلم يأخذه المشترى من شجره ولالقط البطيخ من مزاحه حتى حدثت ثمرة أخرى ... الخ.
والقولان منصوصنان. أحدهما: أن البيع باطل لأن المبيع قد اختلط بما لم يتميز عنه قبل استقرار القبض فأوقع ذلك جهالة فى البيع فأبطله ولايلزم المشترى أن يستحدث هبة مالم يتناوله العقد ليصح له العقد. والقول الثانى: أن البيع لايبطل لكن يقال للبائع: اسمح للمشترى بالثمرة الحادثة فان سمح له بها لزم المشترى قبولها، وإن شح البائع بها وأقاما على الاختلاف والتنازع فيها فسخ الحاكم البيع بينهما، ووجه هذا القول: أن امتياز البائع عن غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طرق الفساد عليه بعد القبض كالاستهلاك، وسماحة البائع بالحادثة لاتجرى مجرى الهبة التى لايلزم قبولها لأن المقصود بها نفى الجهالة وتصحيح العقد فشابهت الزيادة المتصلة كالكبر والسمن» الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٦، ٢٠٧.

(١) أنظر النص السابق للحاوى الكبير بالهامش. وانظر الأم، جـ٣، ص ٤٦، مجلد/ ٢.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٧.

(٣) لاحظ نص الروضة السابق.

صغر، أو نضج مثلا، فالبيع صحيح باتفاق ولاكلام فيه كما صرح به فى التتمة والحاوى الكبير[١].

جـ- فى الروضة: أنه إذا تبايعا على شرط القطع فلم يتفق القطع حتى اختلطا ولم تتميزا، أو كانت الشجرة مما يندر فيها التلاحق والاختلاط فاتفق وقوعه. فان للأصحاب طريقين، وهو أيضا عبارة المهذب[٢]. وفى مختصر المزنى، والأم قولان[٣]، ولاتناقض فى هذا فهما قولان للأمام الشافعى لكن فى طريق للأصحاب الغاء القول بالانفساخ لوجهة نظر قال بها أصحاب هذا الطريق. أما أصحاب الطريق الآخر فأعملوا القولين.

الطريق الأول: لاينفسخ العقد قولا واحدا وأنكروا القولين فى المسألة. وهذا الطريق قال به أبو على بن خيران كما فى المهذب والحاوى وحلية العلماء[٤]، وأبو على الطبرى كما فى المهذب والحلية. وكان أبو على بن خيران يمنع من تخريج المسألة على قولين وينسب المزنى إلى الغلط فى نقله ويقول: البيع صحيح قولا واحدا.

ووجهة النظر لهذا الطريق: أن صورة القولين ليست هذه المسألة التى نحن بصددها وإنما القولين فيما لو باع الثمرة منفردة فحدثت أخرى. فأما هاهنا فالمبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ماعليها من الثمرة، والثمرة الباقية على ملك البائع ليست بمبيع، والحادثة مملوكة بملك الأصل أيضا للمشترى وليست بمبيع لأنها لم تكن موجودة وقت العقد فلم يختلط المبيع بغير المبيع ولكن اختلط ملك البائع بملك المشترى فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للشمترى فاختلط أحد

---

(١) لاحظ نص التتمة والحاوى السابق ذكره.

(٢) لاحظ نص المهذب والروضة.

(٣) مختصر المزنى، ص ٧٩ . الأم،جـ٣، ص ٤٤ وما يليها مجلد/ ٢.

(٤) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٥١.

الطعـامين بالآخر فان البيع لاينفسخ فى الدار. وبعبارة أخرى: أن اختلاط الحادثة بالمتقدمة اختلاط فى غير المبيع، ولأن عقد البيع إنما يتناول الشجر وما كان عليه من الثمرة لم يدخل فى العقد وما حدث من الثمرة لايوجد وقت العقد فلا يوقع ذلك فسادا فى العقد.

وهذا الطريق يقتضى أن يقال للمتبايعين فى مسألتنا: إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد. فان سامح البائع بترك الثمرة القديمة أجبر المشترى على القبول، وإن رضى المشترى بترك الثمرة الحادثة أجبر البائع على القبول[١]، وأقر العقد. فان استمرا على النزاع فلا فسخ أيضا بل أيهما كانت الثمرة والشجرة فى يده فالقول قوله فى قدر مايستحقه الآخر.

يقول الماوردى: وعلى مايقتضيه مذهب ابن خيران: ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة، وإلا فالقول قول صاحب اليد ولايفسخ البيع لأنه لايجعل لما حدث تأثيرا فى البيع.

الطريق الثانى: فى الانفساخ قولان. وبه قال المزنى وأكثر الأصحاب. وهو قول أبى اسحاق المروزى وطائفة كما فى الحاوى. فكان أبو إسحاق المروزى وطائفة يخرجون هذه المسألة على قولين كما فى بيع الثمرة وحدها على شجرها.

أحدهما: أن العقد باطل فيفسخ. وحجته: أن المبيع قد اختلط بما لم يتميز عنه قبل استقرار القبض فأوقع ذلك جهالة فى البع فأبطله ولايلزم المشترى أن يستحدث هبة مالم يتناوله العقد ليصح له العقد. أى لايلزمه أن يسامح للبائع فى ثمرته الحادثة حتى يصح العقد.

(١) قال فى الروضة: ويحتمل خلاف فى الاجبار . لاحظ نص الروضة السابق.

الثانى: أن العقد لايبطل بل هو جائز. وحجة هذا القول: أن امتياز المشترى عن غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طرق الفساد عليه بعد القبض كالاستهلاك وسماحة المشترى بالحادثة لاتجرى مجرى البهة التى لايلزم قبولها لأن المقصود بها نفى الجهالة وتصحيح العقد فشابهت الزيادة المتصلة كالكبر والسمن. هكذا فى الحاوى.

وحجة تخريج القولين: أن المقصود بالشجرة هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع.

وبعبارة أخرى أن المقصود شرى الأصول والثمار وقد استحقها بعقده فقد اختلط حق البايع بغيره فيجعل كأن المبيع بنفسه اختلط. وعليه يدل ظاهر كلام الشافعى لأنه قال: الخارجة للبايع والحادثة للمشترى.

أما الأثر المترتب على القولين فانه إن قلنا بالانفساخ: استرد المشترى الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار إلى البايع. فالاختلاط على هذا القول أثره هو البطلان فيلزم الفسخ ويترادا على النحو الذى بيناه.

وإن قلنا لاانفساخ فسمح البائع بترك الثمرة القديمة أجبر المشترى على القبول، وإن رضى المشترى بترك الثمرة الحادثة أجبر البائع على القبول[1]، وأقر العقد. وبعبارة أخرى يقال للبائع: أترضى بأن تترك جميع الثمرة للمشترى فان فعل يلزم المشترى قبوله، وإن لم يفعل يقال للمشترى: أترضى بأن تترك الثمرة الحادثة فان ترك يلزم البائع قبوله حتى لايحتاج إلى فسخ العقد. فان امتنعا وتشاحا واستمر النزاع يفسخ العقد بينهما قال فى التحفة معللا: «نعم إن تشاحا هنا فسخ العقد. ويوجه بأن اليد للبائع على ثمرته وللمشترى على ماحدث فتعارضتا ولامرجح فلم يصدق أحدهما فى قدر حق الآخر هنا فتعين انفساخ العقد»[2].

(١) والقول هنا كقول الروضة السابق.

(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٧٠.

قال الشروانى معلقا قوله (فسخ العقد): كذا فى الروض وقضيته قول الشارح: (فتعين انفساخ العقد) أن مراده بالفسخ هنا الانفساخ، ويحتمل أن مراده بالانفساخ فيما يأتى فسخ الحاكم وهو الأقرب[1].

وعبارة الماوردى: فسخ الحاكم البيع بينهما، وكأنه يرى أن الفسخ بيد الحاكم لأنه يقطع النزاع. وعبارة التتمة: فان امتنعا انفسخ العقد بينهما لتعذر امضائه. وعبارة الروضة: يفسخ العقد. وكأن من يملك فسخ البيع حينئذ اختلف فيه. هل هو بيد المتعاقدين، أم بيد الحاكم؟ والذى أرجحه أنه بيد الحاكم قطعا لدابر النزاع. «قال فى المهمات: يرفع الأمر إلى الحاكم ويكون الحاكم هو الذى يفسخ كما صرح به جماعة منهم القاضى ابو الطيب والماوردى ونقله ابن الرفعة عنهما، وهو متجه لأنه لقطع النزاع لاللعيب وكلام الرافعى يوهم خلافه، ويؤخذ من كونه لقطع النزاع أنه ليس فوريا كالفسخ بعد التحالف»[2].

هذا. وقد قال فى التتمة: أن القول بعدم الانفساخ أى بعدم البطلان هو الصحيح فلا ينفسخ العقد إلا إذا تعذر امضاؤه على الوجه السابق.

الراجح من الطريقين: والباحث يرى رجحان الطريق الأول الذاهب إليه ابن خيران وأبو على الطبرى من أن البيع لاينفسخ قولا واحدا لقوة مأخذه فى نظرنا ولموافقته القياس، ولأنه أصح جوابا وتعليلا.

قال فى التهذيب: هذا هو القياس لأن الفسخ لايرفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشترى. ذكره النووى فى الروضة.

وقال الماوردى فى الحاوى: وما ذكره ابن خيران أصح جوابا وتعليلا، وان كان نقل المزنى صحيحا والاذعان للحق أولى من نصر ما سواه.

---

(١) الشروانى والعبادى على التحفة السابق.

(٢) أسنى المطالب، جـ٢، ص ١٠٩.

أقول: فالماوردى لم يوافق أصحاب هذا الطريق على تخطئة المزنى فى نقله القولين فى المسألة بل صحح النقل. إلا أنه وافقهم على قولهم بعدم الانفساخ قطعا لأنه يرى أنه الحق والصواب، ومن ثم فالاذعان له أولى من الدفاع عما سواه.

ثانيا: مذهب الحنابلة:

إليك بعض النصوص التى تبين كيفية تناول الحنابلة للمسألة وبيان أحكامها.

جاء فى المغنى: «فصل: وإذا باع شجرا فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى، أو اشترى ثمرة فى شجرها فحدثت ثمرة أخرى[1]، فان تميزتا فلكل واحد ثمرته وإن لم تتميز إحداهما من الأخرى فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته فان لم يعلم قدر كل واحدة منهما اصطلحا عليه ولايبطل العقد لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما فى مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما، ويفارق هذا مالو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها أو اشترى عرية فتركها حتى أثمرت فان العقد يبطل فى إحدى الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى[2]، وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالتمرة من غير كيل من غير حاجة إلى أكله رطبا، وههنا ما ارتكب نهيا ولايجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم. وجمع أبو الخطاب بينهما فقال فى الجميع روايتان. احداهما: يبطل العقد، والأخرى: لايبطل. وقال القاضى: إن كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد: اسمح بنصيبك لصاحبك، فان

(١) هنا مسألتان. الأولى هى مقصودنا هنا. أما الثانية فهى فى بيع الثمرة وحدها على شجرها. والحكم فى المسألتين واحد عند الحنابلة اتفاقا واختلافا.

(٢) وهو النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

فعله أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لأنه يزول به النزاع، وإن امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما إلى قدر حقه»[١].

ويقول المرداوي: «والصحيح من المذهب أن حكمه حكم المبيع الذي اختلط بغيره، فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته، فان لم يعلما قدرها اصطلحا، ولايبطل العقد في ظاهر المذهب قاله المصنف في المغني والشرح وصاحب الفروع والفائق وغيرهم. قال الزركشي: وهو الصواب، وقدمه في الكافي وغيره، واختاره ابن عقيل وغيره. قال القاضي: إن كانت الثمرة للبائع فحدثت أخرى، قيل لكل منهما: اسمح بنصيبك فان فعل أجبر الآخر على القبول، وإلا فسخ العقد»[٢].

ويقول البهوتي: «ولو باع شجرا فيه ثمر له أي البائع بأن كان نخلا تشقق طلعه، أو شجرا ظهرت ثمرته ونحوه بأن باع مافيه زهر أو قطن خرج أكمامه، وأصول قثاء ونحوها بعد ظهور ثمرتها، ولم يأخذ البائع الثمر الذي له ونحوه حتى حدثت ثمرة أخرى، واختلطت بها فلم تتميز، فهما شريكان في الثمرة بقدر ثمرة كل واحد منهما فيقسمانها كذلك، كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها أخرى، فان لم يعلم قدر الثمرة الحادثة اصطلح البائع والمشتري على الثمرة لدعاء الحاجة لذلك إذ لاطريق لمعرفة حق كل منهما والبيع صحيح فلا يبطل بالاختلاط»[٣].

أقول: مما سبق عند الحنابلة يتضح الآتي:

أ- ان تميزت الثمرة الحادثة التي هي للمشتري عن الثمرة المتقدمة

---

(١) المغني، جـ٤، ص ٢١٢ ، ٢١٣ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٥٢ وما يليها . ولاحظ أيضا المغني السابق، ص ٢٢٥ . والشرح السابق، ص ٢٢٢ . ٢٢٣ في ثمرة القثاء، والباذنجان ونحوهما.

(٢) الانصاف، جـ٥، ص ٧٢ ، ٧٣.

(٣) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٤.

التى هى للبائع بلون أو صغر، أو نضج فلكل ثمرته والبيع صحيح باتفاق.

ب- ان اختلطت الثمرتان وتعذر التمييز فعندهم روايتان فى صحة العقد.

الرواية الأولى: يبطل البيع، وهى رواية ذكرها أبو الخطاب كما فى المغنى قياسا على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والعرية إن اشتراها وتركها حتى أثمرت.

الرواية الثانية: لايبطل البيع. وهى رواية ذكرها أبو الخطاب قياسا على الرواية الأخرى فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والعرية إن اشتراها وتركها حتى أثمرت. وصحة البيع هو ظاهر المذهب فى مسألتنا قال به الخرقى وابنا قدامة، وصاحب الفروع، والفائق وغيرهم وصوبه الزركشى، وقدمه فى الكافى، واختاره ابن عقيل وغيره.

وحجة عدم البطلان: أن المبيع لم يتعذر تسليمه ، وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما فى مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما.

ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها أو اشترى عرية فتركها حتى أثمرت فان العقد يبطل فى احدى الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالتمرة من غير كيل من غير حاجة إلى أكله رطبا. وهاهنا ما ارتكب نهيا ولايجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم.

والقائلون بصحة البيع قالوا: أن بائع الشجر الذى له الثمرة المتقدمة، والمشترى له والذى له الثمرة الحادثة شريكان فى الثمر كل واحد بقدر

ثمرته، فان لم يعلم قدر الثمرة الحادثة اصطلح البائع والمشترى على الثمرة لدعاء الحاجة لذلك إذ لاطريق لمعرفة حق كل منها. وهذا يعنى فى نظرنا أنه لابد من الصلح على الثمرة فيجبران عليه ولايفسخ البيع بحال، ويكون هو قول الأكثر. إذ أن صاحب المغنى بعد ذكره لما تقدم عطف قول القاضى عليه الذى يقتضى الفسخ عند استمرار التمانع، حيث جاء «وقال القاضى: يقال لكل واحد منهما: اسمح بنصيبك لصاحبك، فان فعله أحدهما أقررنا العقد، وأجبرنا الآخر على القبول لأنه يزول به النزاع، وإن امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما إلى قدر حقه».

خلاصة مقارنة بين المذهبين:

أقول: يمكن ايجاد مقارنة بين الشافعية والحنابلة فى هذا الفرع على الوجه الآتى:

أولا: إن تميزت ثمرة مشترى الشجرة وهى الثمرة الحادثة عن ثمرة البائع وهى الثمرة المتقدمة فلكل ثمرته(١)، والبيع صحيح باتفاق.

ثانيا: ان اختلطت ثمرة مشترى الشجرة بثمرة البائع وتعذر التمييز فقد حدث الخلاف فى المذهبين فى صحة البيع.

وسبب الخلاف هو هل الاختلاط فى مسألتنا كالاختلاط فى بيع الثمرة منفردة على أشجارها ؟ فمن قال بذلك من الشافعية خرجها على قولى الشافعى فى بيع الثمرة منفردة على شجرتها. ومن قال بذلك من الحنابلة كأبى الخطاب أجرى فيها ما فى مسألة بيع الثمرة منفردة على شجرتها من روايتين. إذا اتضح ذلك فان فى صحة البيع عند الاختلاط وعدم التمييز وجهين.

(١) وقد سبق فى الفصل الثالث أن الثمرة الحادثة عند التمييز للمشترى باتفاق عند الحنابلة وفى وجه عند الشافعية، والوجه الآخر أنها للبائع.

الوجه الأول: أن البيع باطل قياسا أو تخريجا على أحد القولين، أو الروايتين فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فيفسخ البيع ويسترد المشترى الثمن، ويرد الشجرة وجميع الثمار إلى البائع. حيث أن الاختلاط قد أوقع جهالة فى البيع فأبطله ولايلزم المشترى أن يستحدث هبة ثمرته الحادثة ليصح له العقد لأن هذه الثمرة لم يتناولها العقد. والشافعية القائلون بهذا جعلوا الشجرة نفسها قد اختلطت أى جعلوها بمنزلة الثمر حيث أن مقصود الشجرة هنا هو الثمرة فكان اختلاطهما كاختلاط المبيع. وبعبارة أخرى: أن المقصود هنا شرى الأصول والثمار وقد استحقها بعقده، فقد اختلط حق البائع بغيره فيجعل كأن المبيع بنفسه اختلط.

المناقشة: ونوقش هذا الوجه بالآتى:

١- أن هناك فرقا بين من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها، أو اشترى عرية فتركها حتى أثمرت فان العقد يبطل فى احدى الروايتين عن الامام احمد لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالثمرة من غير كيل من غير حاجة إلى أكله رطبا. وهاهنا ماارتكب نهيا ولايجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم. قاله ابن قدامة.

٢- قال ابن خيران وأبو على الطبرى، وصوبه الماوردى، وصاحب التهذيب (البغوى) أن القول بالبطلان الوارد عن الامام الشافعى ليس فى المسألة التى نحن بصددها وإنما فيما لو باع الثمرة منفردة فحدثت أخرى. فأما هاهنا فالمبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ماعليها من الثمرة، والثمرة الباقية على ملك البائع ليست بمبيع، والحادثة مملوكة بملك الأصل أيضا للمشترى وليست بمبيع لأنها لم تكن موجودة وقت العقد فلم يختلط المبيع بغير المبيع ولكن اختلط ملك البائع بملك المشترى فلم يبطل البيع.

الوجه الثانى: أن البيع صحيح ولايبطل. لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما فى مكان فانثال عليه طعام للبائع أو انثال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما[1]، ويقول الشيرازى: وكما لو اشترى دارا فيها طعام للبائع وطعام للمشترى فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لاينفسخ فى الدار.

ثم وقع الخلاف فى المذهبين عند أصحاب هذا الوجه فى فسخ البيع عند تعذر امضائه. فالذى عليه ابن خيران وأبو على الطبرى وصوبه الماوردى، وصاحب التهذيب (البغوى) من الشافعية أن البيع لايفسخ قطعا، وهو ظاهر مذهب الحنابلة والصحيح وعليه الأكثر. وإنما يقال للمتبايعين : اذا سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد، فان سامح البائع بثمرته أجبر المشترى على القبول، وإن رضى المشترى بترك ثمرته للبائع أجبر البائع على القبول وأقر العقد. وإن استمر النزاع وتمانعا فان جمهور الحنابلة لم يصرح بشئ هنا، وإنما الذى صرح هم الشافعية قالوا: ان استمرا على النزاع فلا فسخ أيضا بل أيهما كانت الثمرة والشجرة فى يده فالقول قوله، أى أن صاحب اليد يصدق فى قدر ما يستحقه الآخر.

وأكثر أصحاب الشافعى من القائلين بصحة البيع، وعليه القاضى من الحنابلة: أنه إن استمر التمانع والنزاع بينهما فسخ البيع لتعذر امضائه وتعذر وصول كل واحد منهما إلى حقه.

الراجح: والراجح فى نظرنا صحة البيع، كما أن الراجح أيضا قول من قال بأنه لاينفسخ البيع قطعا. أما وجه الترجيح فقد ذكرناه فى نهاية مذهب الشافعية فليراجع. والله أعلم بالصواب.

(١) هذا الدليل ذكره ابن قدامة، والبهوتى . وهو دليل لصحة بيع الثمرة منفردة على شجرتها بشرط القطع. وما دام صح البيع بناء على هذا الدليل فانه يكون صحيحا من باب أولى اذا كانت الشجرة هى المبيعة وعليها ثمرة للبائع ثم حدثت ثمرة للمشترى.

الفرع الخامس

حكم اشتراط بعض الثمرة

سبق أن جمهور الفقهاء قالوا: أنه إن اشترط البائع أو المشترى ثمرة الشجرة المبيعة كانت لمشترطها فينالها بالشرط، وهذا باتفاق إن اشترط المشترط منهما جميع الثمرة[١]، أما إن اشترط بعض الثمرة فقد وقع الخلاف بين الفقهاء على قولين.

القول الأول: أنه لايجوز اشتراط بعضها، وبه قال ابن القاسم من أصحاب مالك[٢]، وصرح به فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى. ففى الشرح: «ولايتناول العقد على الشجر الثمر المؤبر كله هو أو أكثر إلا بشرط من المبتاع لجميع ما أبر، ولايجوز شرط بعضه»[٣].

ويقول الدسوقى: «ولايجوز للمشترى[٤] اشتراط بعض المؤبر»[٥].

ويقول الصاوى: «ولايجوز شرط بعضه لأن شرط البعض قصد لبيع الثمرة قبل بدو صلاحها بخلاف شرط بعض المزهى[٦] فجائز»[٧].

وحجة هذا القول أن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها[٨] ولأن شرط بعضه قصد لبيع الثمار قبل بدو صلاحها بخلاف اشتراط المشترى بعض

---

(١) راجع الفصل الثانى المبحث الأول.

(٢) نقله ابنا قدامة فى المغنى، جـ ٤، ص ٢٠٧ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦ . وأطفيش فى شرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦ . والحافظ فى الفتح، جـ٤، ص ٤٧٠، «وانفرد ابن القاسم فقال: لايجوز له اشتراط بعضها».

(٣) الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٢.

(٤) خص المشترى وهو المبتاع لأن المشهور عدم جواز الاشتراط من البائع وقد تقدم.

(٥) حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧٢.

(٦) أى الذى بدا صلاحه.

(٧) الصاوى على الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠٣.

(٨) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٧ . والشرح، جـ٤، ص ٤٠٦.

المزهى فانه جائز لأنه بيع للثمرة بعد بدو صلاحها[١].

القول الثاني: أن اشتراط جزء معين من الثمرة كالنصف أو الثلث أو الربع كاشتراط جميعها فى الجواز. وبه قال الجمهور. يقول ابن قدامة: «ولو اشترط أحدهما جزءا من الثمرة معلوما كان ذلك كاشتراط جميعها فى قول جمهور الفقهاء، وقول أشهب من أصحاب مالك»[٢].

ويقول الهيتمى: «وثمرة النخل المبيع بعد وجوده إن شرطت كلها أو بعضها المعيّن كالربع للبائع أو للمشترى عمل به ... وفاء بالشرط»[٣].

ويقول ابن حزم: «من باع أصول نخل وفيها ثمرة قد أبرت فللمشترى أن يشترط جميعها إن شاء أو نصفها أو ثلثها أو جزءا كذلك مسمى مشاعا فى جميعها أو شيئا منها معينا ... وأما بعد ظهور الطيب فى ثمرة النخل فانه يجوز فيها الاشتراط إن بيعت الأصول لو قوع الصفقة عليها وهو قوله -ﷺ- -قد أبرت- فهذه ثمرة قد أبرت»[٤].

وحجة الجمهور، أن ماجاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار[٥]. وعملا بالشرط، ولحديث ابن عمر فى النخل وقياس الباقى من الشجر عليه[٦].

---

(١) حاشية الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٢.

(٢) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٧ . الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦ . وانظر كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . والانصاف، جـ٥، ص ٦٠ . والروض المربع، جـ٢، ص ١٢٧ . والهداية وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦ . والقوانين الفقهية، ص ٢٢٥ . وجواهر الاكليل، جـ٢، ص٥٩ . وشرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨١ . وشرح النيل، جـ٨، ص ١٠٦.

(٣) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥ . وانظر شرح المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣٠.

(٤) المحلى، جـ٧، ص ٣٣٩ ، مسألة ١٤٥٣.

(٥) المغنى، جـ٤، ص ٢٠٧ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٦.

(٦) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

ويقول الحافظ: وقد استدل بهذا الاطلاق -يعنى اطلاق الاشتراط فى الحديث دون قيد بمقدار- على أنه يصح اشتراط بعض الثمرة كما يصح اشتراط جميعها، وكأنه قال: إلا يشترط المبتاع شيئا من ذلك، وهذه هى النكتة فى حذف المفعول(١).

وقول الجمهور هو الراجح فى نظرنا لقوة دليله من المنقول والمعقول.

الفرع السادس

من يصدق من المتبايعين إذا اختلفا فى وقت البيع، أو ادعاء الجهل

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: من يصدق فى وقت البيع حتى تكون الثمرة له:

تقدم أن الجمهور يرى أن الثمرة تكون للبائع اذا كانت مؤبرة وقت البيع أما إذا كانت غير مؤبرة فهى للمشترى، كما تقدم أنه فى معنى تأبير النخل ظهور ثمرة غيره من الشجر، وأيضا قد تقدم أن هذا الحكم يعمل به مالم يكن شرط من المشترى للمؤبر، أو استثناء من البائع لغير المؤبر. فان كان شرط أو استثناء عمل به، ويلحق بذلك العرف. إذا اتضح ذلك فان الاختلاف بين بائع الشجرة ومشتريها على ثمرتها يتصور عند عدم العرف، أو الشرط أو الاستثناء. فحينئذ قد يقول البائع: أن البيع كان بعد التأبير، أو أن الثمرة فى غير النخل كانت موجودة حتى تكون الثمرة له، بينما يقول المشترى: أن البيع كان قبل التأبير، أو قبل وجود الثمرة حتى تكون الثمرة له. فمن الذى يصدق عند المعتبرين للتأبير؟ والجواب يتضح من الآتى:

(١) فتح البارى، جـ٤، ص ٤٧٠.

مذهب المالكية: للمالكية قولان:

القول الأول: أن القول قول البائع فى كون التأبير قبل العقد، وهو اختيار ابن المواز، والمشهور.

القول الثانى: القول قول المشترى فى كون التأبير بعد العقد، وبه قال القاضى اسماعيل.

جاء عندهم: «والقول قول البائع فى أن التأبير كان قبل العقد إن نازعه المشترى، وادعى حدوثه بعده كما قاله ابن المواز. وقيل: القول قول المشترى، وهو قول القاضى إسماعيل»(١).

مذهب الشافعية: للشافعية وجهان كقولي المالكية. أصحهما أن المصدق هو البائع. جاء عندهم: «قال فى الايعاب: ويصدق البائع فى أن البيع وقع بعد التأبير حتى تكون الثمرة له، ومثله مالو اختلفا هل كانت الثمرة موجودة قبل العقد، أو حدثت بعده فالمصدق البائع على الأصح»(٢).

وفى الأم يقول الراوى: «ولو كان الذى يوجب الثمرة للبائع أن يكون إنما يستحقها بأن يأبرها، فاختلف هو والمشترى انبغى أن يكون القول قول المشترى لأن البائع يدعى شيئا قد خرج منه إلى المشترى».

أقول: فهذا النص يدل على أن القول للمشترى، وعلة ذلك أن البائع يدعى خلاف الظاهر حيث أن الظاهر أنها خرجت منه بالعقد للمشترى.

---

(١) الدسوقى والشرح الكبير، جـ ٣، ص ١٧١ . الصاوى على الشرح الصغير، جـ ٤، ص٣٠٣ . حيث يقول: «فان تنازع المشترى والبائع فى تقدم التأبير على العقد وتأخره فالقول للبائع أن التأبير كان قبل العقد كما قاله ابن المواز، وقيل: القول قول المشترى، وهو للقاضى اسماعيل».

(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥ . وانظر شرح جلال المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص٢٣٠.

ثم يذكر الراوى القول الآخر، وهو أن القول قول البائع ودليل ذلك فيقول: «أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعى قال: أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله - ﷺ - حائطا مثمرا ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع الثمر ولم يذكراه فلما ثبت البيع اختلفا فى الثمر فاحتكما فيه إلى النبى - ﷺ - فقضى بالثمر للذى لقح النخل للبائع».

«قال: أخبرنا الشافعى قال: أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج عن أبى طاوس عن أبيه أنه كان يقول فى العبد له المال، وفى النخل المثمر يباعان ولايذكران ماله ولاثمره، هو للبائع».

«أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعى قال: أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج أنه قال لعطاء: أرأيت لو أن انسانا باع رقبة حائط مثمر لم يذكر الثمرة عند البيع لا البائع ولا المشترى أو عبدا له مال كذلك فلما ثبت البيع قال المبتاع إنى أردت الثمر. قال: لايصدق والبيع جائز. وعن ابن جريج أنه قال لعطاء: أن رجلا أعتق عبدا له مال؟ قال: نيته فى ذلك إن كان نوى فى نفسه أن ماله لايعتق معه فماله كله لسيده. وبهذا كله نأخذ فى الثمرة والعبد»[1].

أقول: فالقول بأن المصدق هو البائع دليله قضاء رسول الله - ﷺ -، وقول عطاء.

وقد ذكر العمرانى فى البيان حديثا فى قضية حكم فيها رسول الله - ﷺ -[2]، بأن الثمرة للبائع. ووجه الدلالة من وجهة النظر أن البائع ادعى التأبير أولا ثم البيع فقال «أبرت ثم بعت» بينما المشترى ادعاه ثانيا حيث

(١) الأم، ج٣، ص ٤٢ ، مجلد/٢.
(٢) أرجح أنها المذكورة هنا فى الأم.

قال «اشتريت ثم أبرت»[١].

يقول العمراني: «وروى أن رجلا ابتاع من رجل نخلا فاختلفا. فقال المشترى: اشتريت ثم أبرت، وقال البائع: أبرت ثم بعت، فاحتكما إلى النبى - ﷺ- ، فجعل النبى - ﷺ - الثمرة للذى أبر»[٢].

مذهب الحنابلة: اتفق الحنابلة على أن المصدق هو البائع فى قوله أن التأبير أو ظهور الثمرة كان قبل العقد. وحجتهم أنها قبل العقد فى ملكه ، وهو ينكر عدم الخروج، والأصل عدمه.

يقول البهوتى: «فان اختلفا أى المتعاقدان هل بدا الثمر[٣] أو تشقق الطلع[٤] قبل بيع ونحوه أو بعده، فقول بائع ونحوه أنه قبل[٥] العقد، لأنه ينكر خروجه عن ملكه، والأصل عدمه»[٦].

ويقول المرداوى: «يقبل قول البائع فى بدو الثمرة أى فى ظهورها بلا نزاع»[٧].

الخلاصة والراجح:

أقول: مما سبق عند الفقهاء يتضح أن لهم قولين فى المسألة.

القول الأول: أن المصدق هو البائع، وبه قال الشافعية فى الأصح، والمالكية فى المشهور، وقطع به الحنابلة. ودليله سبق عند الشافعية

(١) وجه الدلالة هذا من وجهة نظرنا الخاصة.
(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٦٩.
(٣) أى ظهر.
(٤) أى طلع النخل.
(٥) عبارة النص «أنه بعد العقد» ولعله تصحيف، والصواب ما ذكرناه لأن الحنبلة يقولون أنها للبائع إن كانت مؤبرة.
(٦) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.
(٧) الانصاف، جـ٥، ص ٦٤.

والحنابلة.

القول الثاني: أن المصدق هوالمشترى، وهوقول للمالكية، ومقابل الأصح عند الشافعية. ودليله سبق ذكره عند الشافعية.

والراجح فى نظرنا هو القول الأول لأنه هو الذى وردت به السنة كما فى البيان والأم، كما أنه قول عطاء وغيره كما فى الأم. ولأنه قول الأكثر من الفقهاء، وأيضا لقوة المعنى الذى ذكره البهوتى من الحنابلة.

المسألة الثانية: هل يصدق المشترى إن ادعى جهله بالحكم، أو بوجود الثمرة؟

لو أن انسانا اشترى شجرا فيه ثمر للبائع، والمشترى جاهل يظن أن الثمر له فله الخيار كما لو جهل وجوده[١]. فان اختلفا فى ذلك فالقول قول المشترى إذا كان مثله يجهل ذلك كالعامى، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله[٢].

الفرع السابع

وفيه مسائل

حكم الثمرة إذا جذها المشترى ولم يدفع ثمن الشجرة حتى أفلس.

من ابتاع نخلا لاثمر فيها أو فيها ثمر أبر ولم يدفع ثمنها حتى فلس، وجذها وأخذ البائع النخل لتفليس المشترى، فقد فاز المشترى بالثمرة التى جذها[٣].

---

(١) لاحظ الفرع الثالث السابق ذكره (مسائل فى خيار بيع الشجرة).
(٢) الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٥.
(٣) جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٤٩.

بيع ثمرة الشجر المشتراه بعد الجذاذ مرابحة:

من اشترى أصولا عليها ثمرة مأبورة يوم البيع فاشترطها، أو اشتراها مع أصولها فجذ الثمرة ثم أراد أن يبيع مرابحة فانه يجب عليه أن يبين للمشترى أنه جز الثمرة لأن لما ذكر حصته من الثمن[(١)].

بيع المشترى الشجرة وهى فى أرض البائع:

لو اشترى انسان شجرة، وأراد بيعها وهى فى أرض البائع كان له ذلك قياسا على بيع الثمرة وهى على الشجرة. قال أبو الخطاب وغيره: ويثبت له[(٢)] حق الاجتياز، وله الدخول لمصالحها[(٣)].

اشترى شجرة للقلع وفى قلعها ضرر:

فى البحر عن الظهيرية: اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة إلا ان شرط البائع القطع على وجه الأرض أو يكون فى القلع من الأصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض.

فان قطعها أو قلعها فنبت مكانها أخرى فالنابت للبائع إلا إذا قطع

---

(١) شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٧٧ . وانظر شرح النيل، جـ٩، ص ٣١٦ وما بعدها . الايضاح، جـ٦، ص ١٨٧ وما بعدها . المغنى، جـ٤، ص ١٠٢ وما بعدها.
وبيع المرابحة هو: «بيع الشئ بما اشترى به مع زيادة قدر مخصوص عليه بعلم المشترى الثانى بذلك لاعلام البائع له». وعرفه البعض بأنه: «أن يذكر بائع لمشتر ثمن مبيع، ويشترط ربحا ما قل أو كثر، وإن خالف الربح رأس المال»، شرح النيل، جـ٩، ص ٣١١ . الايضاح وحاشيته، جـ٦، ص ١٨٨.
فبيع المرابحة هو: أن يبيعه بربح فيقول: رأس مالى فيه مائة بعتكه بها وربح عشرة مثلا.
وبيع المرابحة جائز لاخلاف فى صحته. قال ابن قدامة «ولا نعلم أحدا كرهه»، المغنى، جـ٤، ص ١٠٢ . شرح النيل، جـ٩، ص ٣١٦.

(٢) أى لمن اشتراها من المشترى السابق.

(٣) الانصاف ، جـ٥، ص ٥٦.

من أعلاها فهو للمشترى. سراج[١].

وفى الدر: شرى شجرة بأصلها وفى قلعها من الأصل ضرر بالبائع يقطعه من وجه الأرض من حيث لايتضرر به البائع ولو انهدم من سقوطه حائط ضمن القالع ما تولد من قلعه.

قال ابن عابدين (قوله بأصلها) هو المدفون فى الأرض المسمى شرشا. (قوله: ويقطعه من وجه الأرض) عبارة الملتقط يقطعها. وفيه أيضا: اذا اشترى أشجارا من وجه الأرض وفى قطعها بالصيف ضرر فللبائع أن يدفع إليه قيمتها وهى قائمة إلا أن يتراضيا على تركها إلى وقت لاضرر فى قطعها.

وفيه أيضا: ولو باع شجرة ان بين موضع قطعها من وجه الأرض فعلى ذلك، وإن بين بأصلها فعلى قرارها من الأرض، وإن لم يبين له أن يقطع أصلها إلا أن تقوم دلالة[٢].

وفى البحر عن الظهيرية: وان باع نصيب له من شجرة بلا إذن الشريك جاز إن بلغت أوان قطعها والا فلا. أ.هـ.[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.
(٢) حاشية ابن عابدين ومعها الدر المختار، جـ٤، ص ٢٣١.
(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٩.

الفرع الثامن

مايجرى مجرى البيع من العقود
فى احكام بيع الشجرة المثمرة

ان الوارد فى النص الحاكم للمسألة وهو حديث «من باع نخلا ...»[١] هو عقد البيع على الشجرة، فهل يلحق بالبيع غيره من العقود والتصرفات الشبيهة به فى نقل الملك، كالهبة، والوصية، والصدقة، والوقف، أو بجعل الشجرة صداقا، أو بدل خلع، أو بدل عن صلح، أو أجرة، ونحو ذلك، وأيضا الرهن؟.

أقول: يتضح الحكم من عرضنا الآتى للمذاهب الفقهية.

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية دخول الثمر فى الرهن والاقرار، والوقف بدون حاجة إلى شرط، بخلاف البيع فلا يدخل إلا بشرط من المبتاع كما تقدم عنهم. أما الوصية فهى كالبيع كما فى السراج، وفى المحيط: الصدقة كالوقف.

جاء فى مجمع الأنهر: «ولايدخل الثمر فى بيع الشجر إلا باشتراطه أى باشتراط دخول الثمر فى بيع الشجر»[٢].

قال صاحب الدر معلقا: «قيد بالبيع لأن فى الرهن والاقرار يدخل. وفى الوقف يدخل الثمر كما يدخل البناء والشجر، والوصية كالبيع كما فى السراج، وجعل فى المحيط الصدقة كالوقف[٣].

ويذكر الكاسانى الفرق بين البيع والرهن فيقول: «من رهن عند رجل

---

(١) راجع الحديث فى الفصل الأول.
(٢) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.
(٣) الدر المنتقى على المصدر السابق.

أرضا فيهازرع وأشجار عليها ثمار وسلمها إليه أنه يدخل فى الرهن كل ما كان متصلا بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير»[١].

ثم يذكر وجه الفرق فيقول: «ان تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن، فمتى أقدما على عقد الرهن فقد قصدا صحته، ولاصحة له إلا بدخول ماكان متصلا بالمرهون فدخل فيه تصحيحا للتصرف إذ لاصحة له بدونه بخلاف البيع فان تمييز البيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة فى الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها»[٢].

مذهب المالكية:

يرى المالكية الحاق الرهن، والهبة، والصدقة، والوقف، والوصية ونحو ذلك بالبيع.

يقول الدردير: «العقد على شئ يتناول غيره بالتبع سواء ببيع أو رهن أو وصية، والهبة، والصدقة، والحبس»[٣].

وفى الشرح الصغير: «يتناول البناء والشجر: أى العقد على كل منهما من بيع ورهن وكذا الهبة والصدقة والحبس -الأرض التى هما بها، وتناولتهما فى العقد عليها، فمن اشترى أرضا وفيها بناء أو شجر لم يذكرا حين شراء أرضهما دخلا فى بيع الأرض إلا لشرط أو عرف فيعمل به»[٤].

ويقول الخرشى فى عرضه للمسألة: «العقد أعم من أن يكون بيعا أو وصية أو رهنا، أو وقفا أو هبة أو غير ذلك»[٥].

(١) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٥.
(٢) المصدر السابق.
(٣) الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٠.
(٤) الشرح الصغير وأقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١.
(٥) شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠.

مذهب الشافعية:

يرى الشافعية الحاق عقود المعاوضات بالبيع. وفى الهبة والوصية، والوقف وجهان.

يقول الرملى: «التفصيل السابق لايختص بالبيع بل يجرى فى عقود المعاوضة كما قاله ابن الصباغ وغيره كأن يجعل النخل صداقا أو أجرة، ولايتبع فى الرجوع بالطلاق»(١).

ويقول الهيتمى: «وكالبيع غيره من عقود المعاوضات»(٢).

ويقول العمرانى: «وكل عقد معاوضة عقد على النخل مثل أن جعل النخل عوضا فى الصلح أو أجرة فى إجارة أو مهر فى نكاح، أو عوضا فى الخلع فحكمه حكم البيع إن كان عليهما طلع غير مؤبر تبع الأصل، وإن كان مؤبرا لم يتبع الأصل، وإن وهب لغيره نخلا وعليها طلع غير مؤبر، أو وهب الاب لابنه نخلا لاطلع عليها فأطلعت فى ملك الابن ثم رجع الأب فى الهبة قبل التأبير فهل تتبع الثمرة النخلة؟ فيها وجهان. أحدهما: تتبعها لأنه زال ملكه عن الأصل فتبعته الثمرة كما لو باع النخلة. والثانى: لايتبعها لأنه عقد لاعوض فيه فلم يتبع الأصل، كما لو أصدق امرأته نخلا لاطلع عليها فأطلعت فى ملكها ثم طلقها قبل الدخول فانه لايرجع فيها»(٣).

ويقول الهيتمى: «يلحق بالبيع كل ناقل للملك كهبة ووقف ووصية، واصداق وعوض خلع، وصلح، وجعالة»(٤).

---

(١) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ١٠١.

(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٥٥ . وانظر شرح جلال المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٣٠.

(٣) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٠ ، ٧١.

(٤) تحفة المحتاج جـ٤، ص ٤٣٩ . وانظر . الشروانى على التحفة.

ويذكر الماوردى العقود التى يملك بها الشجر المثمر، وحكم الثمرة غير المؤبرة، ويجعلها على أربعة أضرب. فيقول: «... فالعقود التى يملك بها النخل المثمر على أربعة أضرب. أحدها: عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق. فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة. والضرب الثانى: عقد معاوضة على غير وجه المراضاة، كالمبيع إذا استرجع بحدوث الفلس، فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له؟ على وجهين يذكران فى الفلس، وكالرهن إذا بيع جبرا على الرهن، هل يباع معه مالم يؤبر من الثمرة؟ على وجهين. الضرب الثالث: مالم يكن من عقود المعاوضات لكنه على وجه المراضاة: كالهبة، والوصية، فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا؟ على وجهين يذكران فى الهبة. والضرب الرابع: مالم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق إذا استرجع به نصف المهر قبل الدخول فلا تكون الثمرة داخلة فيه لايختلف فيه المذهب، وكالوالد إذا رجع فيما وهبه لولده لم يكن للوالد استرجاع الثمرة منه على الصحيح من المذهب»(١).

أقول: وهذا التقسيم من الماوردى أكثر وضوحا فى المذهب مما يجعله سهل الاستيعاب. ويمكن استخلاص مواضع الاتفاق ومواضع الخلاف فى تبعية الثمرة غير المؤبرة لشجرتها إذا ملكت الشجرة بغير البيع وبمعنى آخر بمايجرى مجرى البيع من العقود.

١- اتفقوا على أنه فى عقود المعاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح، والصداق تتبع. وأيضا فى الطلاق وهو من عقود غير المعاوضات وليس مأخوذا على وجه المراضاة فانه إذا استرجع به الزوج نصف المهر قبل الدخول إذا كان قد أصدقها شجرا ثم اثمر فى ملكها ثم طلقها فانه لايرجع فى الثمرة أى لاتتبع.

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٥ ، ١٩٦.

٢- اختلفوا على وجهين فى التبعية فى المبيع اذا استرجع بحدوث الفلس، وفى المرهون اذا بيع جبرا على الرهن، وهذه من عقود المعاوضة على غير وجه المراضاة. وأيضا عقود غير المعاوضة التى على وجه المراضاة كالهبة والوصية. وأيضا إذا رجع الوالد فيما وهبه لولده، وهذا من عقود غير المعاوضة على غير وجه المراضاة.

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة أن غير البيع من عقود المعاوضة كالبيع، وكذلك عقود التبرعات الناقلة للملك، وأيضا الرهن والشفعة، لكن فى الشفعة والوقف، والوصية، والاقرار، والفسوخ خلاف.

يقول ابنا قدامة: «وكل عقد معاوضة يجرى مجرى البيع فى أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الأصل، وغير المؤبرة لمن انتقل إليه مثل أن يصدق المرأة نخلا أو يخلعها به أو يجعله عوضا فى إجارة أو عقد صلح لأنه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع. وإن انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشترى أو رجوع الأب فى هبته لولده أو تقايلا البيع، أو كان صداقا فرجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه فى الفسخ يتبع الأصل سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل أشبه السمن. وفى الهبة والرهن حكمها حكم البيع فى أنه يتبع قبل التأبير ولايتبع بعده لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ أشبه البيع»[١].

وفى الروض: «ومن باع أو وهب أو رهن نخلا تشقق طلعه ولو لم يؤبر فالثمر لبائع مبقى إلى الجذاذ إلا أن يشترط مشترو نحوه ... وكذا لو صالح بالنخل أو جعله أجرة أو صداقا أو عوض خلع بخلاف وقف ووصية فان الثمرة تدخل فيهما أبرت أو لم تؤبر كفسخ العيب ونحوه».

---

(١) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٩ ، ٢١٠.

قال العنقري: «ومثل ذلك لوجعله جعلا أو أخذه تبعا للأرض بشفعته». وقال: «وفي الغاية: ويتجه: وإقرار»(١).

وفي كشاف القناع: «ومن باع نخلا قد تشقق طلعه ولم يؤبر، أو باع نخلا فيه طلع فحال تشقق يراد للتلقيح، أو صالح بالنخل المذكور أو جعله صداقا أو جعله عوض خلع أو طلاق أو عتق أو جعله أجرة أو جعالة أو نحوه أو رهنه أو وهبه أو أخذه تبعا للأرض بشفعة فالتمر فقط دون العراجين ونحوها كليف وجريد وخوص لمعط من بائع وواهب ومصدق وراهن ونحوهم ... وكون الثمر للمعطى محله إن لم يشترطه آخذ الأصل وهوالمبتاع لحديث ابن عمر، فان اشترطه كان له، وماعدا البيع من المذكورات مقيس عليه بخلاف وقف ووصية فان الثمرة تدخل فيهما إذا أبقيت إلى يوم الموت، وإن تشقق وظهرت كفسخ بعيب ومقايلة في بيع، ورجوع أب في هبته لولده»(٢).

ويقول المرداوي: «ومن باع نخلا مؤبرا فالثمر للبائع متروكا في رؤوس النخيل إلى الجذاذ، وهذا إذا لم يشترط عليه قطعه. وحكم سائر العقود في ذلك كالبيع في أن مالم يؤبر يلحق بأصله، وما أبر لايلحق، وذلك مثل الصلح، والصداق، وعوض الخلع والأجرة، والهبة، والرهن، والشفعة، إلا أن في الأخذ بالشفعة وجها آخر: أنه يتبع فيه المؤبر إذا كان في حالة البيع غير مؤبر. وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه ...»(٣).

---

(١) الروض المربع وحاشية العنقري، جـ٢، ص ١٢٧.
(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩ ، ٢٨٠.
(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، ٦١.
وكتب الحنابلة خاصة كشاف القناع تستخدم العبارات الدالة على ذلك كعبارة «بالبيع ونحوه» «البائع ونحوه» «المشترى ونحوه» «معط من بائع وواهب ومصدق وراهن ونحوهم».

أقول: فغير البيع من عقود المعاوضة كالبيع فى هذه المسائل، وكذلك عقود التبرعات الناقلة للملك، وأيضا الرهن، والشفعة.

لكن فى الشفعة ، والوقف، والوصية، والاقرار، والفسوخ خلاف.

ففى الشفعة وجه أن يتبع المؤبر إذا كان فى حالة البيع غير مؤبر. فالعبرة بوقت البيع لابوقت الأخذ بالشفعة. ذكر هذا الوجه المرداوى فى الانصاف فى نصه السابق ذكره.

وأما الوصية والوقف فالمنصوص أنه تدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت سواء أبرت أم لم تؤبر(١). وهناك وجه أنها كالبيع.

فالمنصوص يفرق بينهما وبين البيع ووجه الفرق كما يقول العنقرى: أن الوقف لما كان المقصود من وقف ذلك الانتفاع بثمرته دخلت مطلقا(٢)، والوصية شبيهة به(٣). وأما الاقرار فالمفهوم من كلام شرح الاقناع: كونه كالبيع واستظهره بعض المشايخ. والمفهوم من بحث مرعى: كونه كالوقف وأقره بعض المشايخ(٤).

وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه. أحدهما: يتبع الطلع مطلقا بناء على أنه زيادة متصلة أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله. والثانى: لايتبع بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤبر. والثالث: أنه كالعقود المتقدمة. ذكر ذلك المرداوى ثم قال: هذا كله على أن النماء المنفصل لايتبع فى الفسوخ(٥)، وأما على القول بأنه يتبع فيتبع الطلع مطلقا، وأطلقهن فى

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، ٦١.

(٢) أى أبرت أم لم تؤبر.

(٣) حاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٧ ، ١٢٨.

(٤) المصدر السابق..

(٥) وهو المذهب على ماذكروه فى هذه المسائل. كشاف القناع، جـ ٣ ، ص ٢٨٠.

القواعد، وصرح فى الكافى بالوجه الثالث، وصرح فى المغنى بالثانى، وقاله ابن عقيل فى الافلاس والرجوع فى الهبة(١).

أقول: وابنا قدامة ذكرا فى المغنى والشرح: أن الفسوخ يتبع فيها الثمر الشجرة فيكون الثمر للمنتقل إليه أبر أو لم يؤبر، كما لو كان الفسخ لأجل العيب، أو لفلس المشترى، أو لرجوع الأب فى هبته لولده، أو للتقايل، أو لفسخ النكاح.

والحجة فى ذلك: أن الثمرة نماء متصل أشبه السمنة فى الحيوان(٢).

وقال البهوتى «لأن الطلع المتشقق عند صاحب المغنى زيادة متصلة تتبع فى الفسوخ». ثم قال: «لكن يأتى فى الهبة: أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع. فيحمل ماهنا على ما إذا كان الطلع موجودا حال الهبة ولم يزد». وقال: «وصرح القاضى وابن عقيل أيضا فى التفليس والرد بالعيب أن الطلع المتشقق زيادة منفصلة، وذكره منصوص أحمد فلا تدخل الثمرة فى الفسخ. ورجوع الأب فى هبته لولده، وغير ذلك من العقود»(٣).

أقول: وسنكتفى بما ذكرناه فى هذا الفرع حيث أن موضوع البحث البيع لاغيره من العقود. وإنما ذكرناه تنبيها لمن يرغب فى بحثه مفصلا.

---

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٦٠ ، ٦١.
(٢) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٩ ، ٢١٠. وقد تقدم النص.
(٣) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠.

الباب الثانى

الباب الثانى
مدى تبعية الشجر والزرع
للأرض فى البيع

وفيه فصلان:

الفصل الأول: مدى تبعية الشجر للأرض فى البيع.

الفصل الثاني: مدى تبعية الزرع والبذر للأرض فى البيع.

الفصل الأول

الفصل الأول

مدى تبعية الشجر للأرض فى البيع

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع.

المبحث الثانى: مدى تبعية الشجرة اليابسة، والصغيرة، وغير المثمرة للأرض فى البيع.

المبحث الثالث: حكم الشجر الذى يقطع من وجه الأرض مرة بعد أخرى، وشجر الموز.

المبحث الرابع: حكم ثمار الأشجار التى بيعت أرضها، وحكم أوراقها ونحوهما.

المبحث الخامس: الحكم إذا لم يكن الشجر فى الأرض المبيعة مملوكا للبائع أو كان مشتركا.

المبحث السادس: حكم المغرس لو اشترى أرضا وشرط البائع أو استثنى لنفسه شجرة.

المبحث السابع: مدى تبعية الشجر للأرض فى بيع البستان.

 ٣٣٥ ؛

س - الفقهاء مختلفون في تبعية الشجرة الرطبة للأرض في البيع، اذكر هذا الخلاف مستدلاً ومناقشاً ومرجحاً،

المبحث الأول

مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع

؟

للفقهاء فى مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض التى بيعت وهى مغروسة فيها قولان.

القول الأول: إذا بيعت الأرض وفيها شجرة رطبة فان الشجرة لاتتبعها فى البيع، أى لاتدخل فى البيع وتكون الشجرة للبائع وله تبقيتها فى الأرض. وهذا الحكم إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه فان كان عمل به. وممن قال بهذا بعض الأصحاب فى المذهب الشافعى فى احدى الطرق[1] وطريق

---

(١) بالنظر فى نصوص الشافعية التى ستذكر بعد ترى أن لهم ثلاثة طرق، وحكى السبكى فى تكملته رابعة. وهذه الطرق جاءت تأسيسا على اختلاف نص الامام الشافعى فى البيع والرهن حيث نص فى البيع على دخول البناء والشجر، وفى الرهن على عدم دخولهما. وهذه الطرق احداهما لأبى العباس بن سريج واختارها امام الحرمين والغزالى قائلا: أنها الأصح، ووصفها الرافعى بأنها أوضح فى المعنى. الثانية لأبى الطيب بن سلمة وابن حفص الوكيل. والثالثة لأبى اسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة وجمهور الأصحاب وهذه الطريقة تقضى بتقرير النصين فحملوا جواب الشافعى فى كل واحد من الموضوعين على ظاهره وجعلوا البناء والشجر داخلا فى البيع بغير شرط، ولم يجعلوه داخلا فى الرهن إلا بالشرط وفرقوا بين البيع والرهن بفرقين، وهذه الطريقة أصح الطرق عند الجمهور كما فى الروضة. والذى تنبغى ملاحظته أن محل النزاع إنما هو عند الاطلاق كأن يقول: بعتك هذه الأرض، أو ابتعت منك هذه الأرض. أما إن اشترط دخول الشجر فى البيع لفظا فانه يدخل كأن يقول «بما فيها». أو يقول «بحقوقها» على الصحيح فى هذه اللفظة الأخيرة. وإن اشترط خروجه لفظا خرج كأن يقول «دون مافيها من الشجر والبناء» لم تدخل الأشجار والأبنية فى البيع. وقد رأينا أن جماع هذه الطرق يمكن اعتبارها فى قولين على النحو الذى ذكرناه وإليك النصوص.

يقول النووى فى الروضة، جـ٣، ص ١٩٤: «القسم الثالث: فيما يطلق من الألفاظ فى المبيع وهى ستة: الأول: لفظ الأرض وفى معناها البقعة والساحة والعرصة. فاذا قال: بعتك هذه الأرض وكان فيها أبنية وأشجار نظر. إن قال: دون مافيها من الشجر والبناء لم تدخل الأشجار والأبنية فى البيع. وإن قال: بما فيها دخلت. وكذا إن قال: بعتكها بحقوقها على الصحيح. فان أطلق فنص هنا أنها تدخل، ونص فيما لورهن الأرض(=)

أخرى جعله قولا للأمام الشافعى وهذه طريقة أبى الطيب بن سلمة وابن حفص

(=) وأطلق: أنها لاتدخل، وللأصحاب طرق أصحها عند الجمهور: تقرير النصين، والثانى: فيهما قولان. والثالث: القطع بعدم الدخول فيهما قاله ابن سريج، واختاره الامام والغزالى».
وفى البيان، جـ٣، ورقة ٦٧ ، ٦٨. يقول العمرانى: «إذا بيعت الأرض وفيها بناء أو شجر، فان قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل البناء والشجر فى البيع لأنه من حقوقها، وإن لم يقل من حقوقها ولكن قال: بعتك هذا البستان دخل الأرض والشجر الذى فيها فى البيع لأن البستان اسم يجمعها ... وإن لم يقل ذلك ولكن قال: بعتك هذه الأرض فهل يدخل البناء والشجر؟ نص الشافعى رحمه الله فى البيع أن ذلك يدخل. وقال فى الرهن: إذا قال: رهنتك هذه الأرض لم يدخل البناء والشجر. واختلف أصحابنا فيهما على ثلاثة طرق. فقال أبو العباس: لايدخل فيهما لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها، وقوله فى البيع أراد إذا قال: بحقوقها. ومنهم من نقل جوابه فى كل واحد من المسألتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين. أحدهما: يدخل فيهما لأن البناء والشجر من حقوق الأرض فدخل فى بيعها بمطلق العقد بطرقها. والثانى: لايدخل لأن الأرض إسم للعرصة وحدها. ومنهم من حمل المسألتين على ظاهره، فقال فى البيع يدخل بالاطلاق، وفى الرهن لايدخل من غير شرط وفرق بينهما بفرقين. أحدهما: أن البيع عقد قوى يزيل الملك فيتبع فيه البناء والشجر، والرهن عقد ضعيف لايزيل الملك فلم يتبع فيه البناء والشجر. والثانى: أنه لما كان النماء الحادث من البيع بعد العقد للمشترى جاز أيضا أن يتبعها البناء والشجر، ولما كان النماء الحادث من الرهن بعد العقد للراهن جاز أن لايتبعها البناء والشجر».
وفى حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٩: «إذا باع أرضا وفيها غراس أو بناء ولم يقل بحقوقها، فهل يدخل فيه الغراس والبناء؟ نص الشافعى رحمه الله فى البيع: أنه يدخل، وفى الرهن أنه لايدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق: أصحها: أن المسألتين على قولين: أصح القولين أنه يدخل فيهما، والثانى: أنه لايدخل فيهما قولا واحدا، وتأول نصه فى البيع. والثالث: أنه يدخل فى البيع ولايدخل فى الرهن».
ويذكر الماوردى طريقة الأصحاب بعد أن يحرر محل النزاع فيقول فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٠ ، ٢١١: «وجملة ذلك أن من ابتاع أرضا ذات بناء وشجر لم يخل حال ايقاعه من ثلاثة أحوال: إما أن يشترط دخول البناء والشجر فى البيع لفظا فيدخل. وإما أن يشترط خروجه لفظا فيخرج. وإما أن يطلق العقد ويقول: ابتعت منك هذه الأرض. فنص الشافعى فى البيع: أن مافى الأرض من بناء وشجر يدخل فى البيع، ونص فى الرهن: أن مافى الأرض من بناء وشجر لايدخل فى الرهن،فاقتضى لاختلاف نصه فى الموضعين أن اختلف أصحابنا فى المسألتين على ثلاثة طرق. إحداها: وهى طريقة أبى الطيب بن سلمة وابن حفص الوكيل،أن نقلوا حوابه فى البيع إلى الرهن، وجوابه فى(=)

الوكيل كما فى الحاوى. وقطع بعدم التبعية ابن سريج، واختاره الامام،

(=) الرهن إلى البيع وخرجوا المسألة على قولين لاختلاف نصه فى الموضعين. أحدهما: أن البناء والشجر لايدخل فى البيع ولافى الرهن جميعا كما لاتدخل الثمرة المؤبرة فى البيع ولافى الرهن. والقول الثانى: أن البناء والشجر يدخل فى البيع والرهن جميعا بخلاف الثمرة المؤبرة لأن الثمرة المؤبرة تستبقى مدة صلاحها ثم تزال عن نخلها وشجرها فصارت كالشئ المتميز فلم تدخل إلا بالشرط، والشجر يراد للتأبير، والبناء يجرى مجرى أجزاء الأرض فصار داخلا فى العقد. الطريقة الثانية: وهى طريقة أبى العباس: وهو أنه جعل اختلافه اختلاف نصه فى الموضعين على اختلاف حالين: فجعل مانص عليه من دخول ذلك فى البيع محمولا على أنه لوقال: بعتك الأرض بحقوقها يدخل فى البيع البناء والشجر لأنه من حقوق الأرض، ولو قال مثله فى الرهن لدخل. وجعل مانص عليه من خروج ذلك من الرهن محمولا على أنه قال: رهنتك الأرض ولم يقل بحقوقها فلم يدخل فى الرهن البناء والشجر لأنه أطلق، ولو فعل مثله فى البيع لم يدخل، ولافرق بين البيع والرهن، والطريقة الثالثة: وهى طريقة أبى اسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة وجمهور أصحابنا: أن حملوا جوابه فى كل واحد من الموضعين على ظاهره وجعلوا البناء والشجر داخلا فى البيع بغير شرط، ولم يجعلوه داخلا فى الرهن إلا بالشرط، وفرقوا بين البيع والرهن بفرقين. أحدهما: أن عقد البيع يزيل الملك فجاز أن يكون مااتصل بالمبيع تبع له لقوته، وعقد الرهن يضعف عن إزالة الملك فلم يتبعه مالم يسمه لضعفه. والثانى: أنه لما كان ماحدث فى البيع للمشترى جاز أن يكون مااتصل به من قبل المشترى، ولما كان ماحدث فى الرهن لايدخل فى الرهن اقتضى أن يكون ماتقدم الرهن أولى أنه لايدخل فى الرهن».

وفى التتمة، جـ٤، ورقة ١٥٧ ، ١٥٨: «الفصل الثالث فى بيع الأراضى ... المسألة الأولى: لو باعه أرضا معينة معلومة من الحدود وعليها بناء أو غراس. فان صرح وقال: بعتك الأرض مع ماعليها من البنيان والأشجار دخل كلها فى العقد، وكذلك إذا قال: بعتك الأرض بحقوقها وبما عليها دخل كلها فى العقد، وإن أطلق ولم يقل بحقوقها فالذى نص عليه هاهنا أنه يدخل فى العقد، ، ونص فى الرهن أنه إذا قال: رهنتك هذه الأرض ولم يقل بما فيها لايدخل البناء والغراس فى العقد. واختلف أصحابنا فى المسألة على ثلاث طرق فمنهم من نقل الجواب وجعل المسألتين على قولين. أحدهما: أن فى الموضعين جميعا لايدخل فى العقد. ووجهه : أن اسم الأرض لايتناولهما بل كل واحد منهما ينفرد باسم. والثانى: يدخل كلها فى العقد لأن البناء والغراس من جملة الثابتات فى الأرض التى يقصد دوامها وقد التحقت بالأرض فى بيوت البقعة فيها فكذلك الشجر بالأرض فى دخولها فى مطلق بيع الأرض، وأيضا فان هذه الأشياء من حقوق الأرض فصارت كالطرق والمرافق من مسيل الماء وغيره. ومنهم من قال: المسألة على حالين، إن قال: بعت الأرض بحقوقها يدخل الكل فى العقد لأنها من جمله الحقوق، وإن أطلق (=)

والغزالى كما فى روضة الطالبين، وأبو العباس كما فى البيان وغيرهما وأبو العباس هذا هو ابن سريج(١)، وممن قال بهذا القول أيضا الحنابلة فى وجه عندهم. ذكر العنقرى فى حاشيته على الروض أنه رواية عن الامام أحمد(٢).

(=) لايدخل لأن الاسم لايتناولها، وفى الرهن كذلك. ومنهم من أجرى النصين على الظاهر، وفرق بين البيع والرهن فان البيع عقد قوى لأنه يزيل الملك فجاز أن يستتبع الأرض فيه الغراس والبناء، وأما الرهن ضعيف لأنه لايزيل الملك، ولهذا المعنى الأشجار الحادثة فى الأرض يحكم بها للمشترى ولايدخل فى الرهن، ويخالف مالو باع الشجرة لايدخل الثمرة الظاهرة فى البيع لأنها لاتراد للبقاء والدوام فلم تلتحق بالأصل فى الحكم ولم يجعل تبعا لها».

وحكى السبكى فى المسألة طريقة رابعة: أن البناء والغراس يدخلان فى البيع وفى دخولهما فى الرهن قولان حكاهما أبو الحسن الجوزى: واستدل لها ابن الرفعة بأنه يشهد لها أن الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج فى البيع قولا واحدا، وفى اندراج ذلك فى الرهن قولان. تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٦ ، ١٧٧.

(١) أنظر النصوص السابقة. وانظر مثلها مما سيأتى بالهامش فى المهذب، جـ١، ص ٢٧٨. شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥. تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩. والخلاف عند الشافعية نقله أيضا ابنا قدامة فى المغنى، جـ٤، ص ٢١٥، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣.

قال الغزالى: ان هذا الطريق هو الأصح. وكذا قال امام الحرمين وقال الرافعى: ولاشك أنه أوضح فى المعنى. تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٠ ، ١٧١ . مغنى المحتاج، جـ٢، ص٨١ . فتح العزيز، جـ٦، ص ١٨.

(٢) جاء فى الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٥: «وإن باع أرضا أو وهبها أو وقفها أو رهنها أو أقر أو أوصى بها ولو لم يقل بحقوقها شمل العقد غرسها وبناءها لأنهما من حقوقها».

قال العنقرى: «وفيه رواية: أنه لايشمل إلا أن قال بحقوقها» حاشية العنقرى على الروض السابق،

وفى الانصاف، جـ٥، ص ٥٦: «وإن باع أرضا بحقوقها دخل غراسها وبناؤها فى البيع بلا نزاع، وإن لم يقل بحقوقها فعلى وجهين، وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والخلاصة، والكافى، والمغنى، والتلخيص، والبلغة، والشرح وشرح ابن منجا، والنظم، والفائق، والحاويين، وإدراك الغاية. أحدهما: يدخل وهو المذهب، جزم به فى الوجيز، وتذكرة ابن عبدوس، والمنور، ومنتخب الأزجى، وصححه فى التصحيح ، وقدمه فى المحرر، والهادى، والفروع، والرعايتين. والوجه الثانى: لايدخل وللبائع التبقية».

وانظر مثل هذه النصوص فى القواعد لابن رجب، ص ١٦٥ القاعدة/ ٨٠ . والمغنى، جـ٤، ص٢١٥ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣ . وكشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦.

وعـدم الدخـول فى البـيع المذكور فى المذهبين إذا لم يقل البـائع «بعـتك هذه الأرض بحـقـوقـهـا» أى عند الاطلاق فى البـيع وعـدم التـصـريح بأى شئ مما يقتضى التبعية فى البيع[1]، وأيضا هو وجه عند الشافعية فى مقابل

(١) أنظر نصوص الشافعية السابقة من الروضة والبيان والحلية وغيرهما. وفى المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ يقول الشيرازى: «إذا باع أرضا وفيها بناء أو غراس . نظرت، فان قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها، وإن لم يقل بحقوقها فقد قال فى البيع يدخل. وقال فى الرهن لايدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق فمنهم من قال: لايدخل فى الجميع لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء، وتأول قول الشافعى فى البيع عليه إذا قال بحقوقها. ومنهم من نقل جوابه فى الرهن إلى البيع، وجوابه فى البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين. أحدهما: لايدخل فى الجميع لأن الأرض اسم للعرصة دون مافيها من الغراس والبناء. والثانى: يدخل لأنه متصل بها فدخل فى العقد كسائر أجزاء الأرض. ومنهم من قال: فى البيع يدخل، وفى الرهن لايدخل لأن البيع عقد قوى يزيل الملك فدخل فيه الغراس والبناء. والرهن عقد ضعيف لايزيل الملك فلم يدخل فيه الغراس والبناء».

وفى شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥ وعليه حاشية قليوبى: «قال أى قال البائع ولو بوكالة أو ولاية: بعتك هذه الأرض أو الساحة أو البقعة أو العرصة وفيها -خرج ماليس فيها كنصيبها من نهر خارج عنها وقناة ومسيل ماء. فان قال بحقوقها دخل ذلك وإلا فلا- بناء وشجر، فالمذهب أنه يدخل البناء والشجر فى البيع دون الرهن أى إذا قال: رهنتك هذه الأرض إلى آخر ماتقدم، وهذا هو المنصوص عليه فيهما. والطريق الثانى فيهما قولان بالنقل والتخريج، والطريق الثالث القطع بعدم الدخول فيهما وحمل نصه فى البيع على ما إذا قال بحقوقها وكذا الحكم فى الرهن لو قال بحقوقها ... ولو قال: بعتكها بما فيها دخلت قطعا، أو دون مافيها لم تدخل قطعا، وفى قوله بحقوقها وجهان: المذهب تدخل فى البيع. الثانى: لاتدخل فى البيع...».

ويقول القليوبى: «فمحل الخلاف عن الاطلاق فى البيع والرهن، فان قال: بحقوقهما فيهما دخل ماذكر من أرض البئر والقناة والنهر وبناء ومافيهما. وقال ابن القاسم: الداخل هنا استحقاق المنفعة فقط، وحمله بعضهم على ماجرت العادة به وليس ملكه، وإن قال: بدون حقوقها لم يدخل فيهما».

وفى تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩: «إذا قال: بعتك هذه الأرض أو الساحة أو البقعة أو العرصة وفيها -وخرج بفيها مافى حدها فان دخل الحد فى البيع دخل مافيه وإلا فلا، وعلى الثانى يحمل افتاء الغزالى بأنه لايدخل مافى حدها. وفى زيادات العبادى: باع أرضا وعلى مجرى مائها شجر فان ملكه البائع فهى للمشترى، وإن كان له حق الأجراء فقط فهى باقية للبائع- بناء وشجر نابت رطب ولو شجر موز على المعتمد ... فالمذهب أن ماذكر من البناء والشجر يدخل فى البيع لقوته بنقله الملك فاستتبع (=)

المذهب حتى وإن قال «بحقوقها»، ذكره جلال المحلى فى شرحه، والنووى فى الروضة[(١)] وبعدم دخول الشجر فى بيع الأرض إذا بيعت وفيها شجرة رطبة قالت الاباضية فى اتجاه لهم عند الاطلاق فى البيع[(٢)] لكن تعددت أقوالهم فى القدر الذى تصله النخلة أو الشجرة حتى لاتدخل فى البيع، فقول لايدخل فى البيع ماله سعفتان فصاعدا من النخل. والسعفة هى ورقة النخل والنوى. وقيل: إذا دار عليه ليف أى نبات النخل الذى دار عليه ليف.

تفصيل لمذهب الاباضية.

(=) دون الرهن لضعفه ... ولو قال بما فيها أو بحقوقها دخل ذلك كله قطعا ... أو دون حقوقها أو مافيها لم تدخل قطعا».
وأنظر أيضا نصوص الحنابلة السابقة من الانصاف، والروض المربع. وفى المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٣: «قال الخرقى: وإن باع أرضا بحقوقها دخل غراسها وبناؤها فى البيع، وإن لم يقل بحقوقها فعلى وجهين».
قال ابنا قدامة: «إذا باعه أرضا بحقوقها دخل مافيها من غراس وبناء فى البيع، وكذلك إذا قال: رهنتك هذه الأرض بحقوقها دخل فى الرهن غراسها وبناؤها، وإن لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغراس والبناء فيهما؟ على وجهين ... احدهما: يدخل البناء والشجر ... والثانى: لايدخلان ...».

(١) أنظر نصهما السابق بالهامش.

(٢) جاء فى شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠: «وتبع مبيعا فى بيع مايشمله إسمه ويفسد إن نزع منه اتفاقا كباب بمسامير ... وما يشمله وينزع عنه بلافساد فان اتصل دخل كالأول، كأرض ومانبت بها من حب شجر ونوى تمر فلمشتريها أى لمشترى الأرض ماله سعفة مما نبت من نوى النخلة وهى ورقة النخل والنوى، ومالاسعفة له بأن خرجت له عروق ولم ينبت على الأرض فهو له بالأولى، وماله سعفتان فصاعدا للبائع. وقيل: لمشترى الأرض مالم يدر عليه ليف أى النبات الذى لم يدر عليه ليف ولو كانت له جرائد، وما دار عليه ليف فللبائع. وقيل: للمشترى الذى لم يثمر من النوى ولو دار عليه ليف، وللبائع ما أثمر. وأما مانقل من غير تلك الأرض إليها متولدا من نوى أو من نخلة فللبائع ولو كانت لم سعفة واحدة. وقيل: ان حيبى فى المنقول إليها كان فيه الخلاف المذكور.
ولمشترى الأرض من الشجر شجر التين والزيتون والخوخ ونحوه ماله ورقة، وقيل: ماله ورقتان. وقيل: الذى لم يثمر. وللبائع ما فوق ذلك على حد مامر فى النخل أيضا، وفى المنقول أيضا، وقيل: ليس للمشترى فى النخل والشجر شئ ولو لم تكن إلا سعفة أو ورقة. وإن قال: بعت الأرض وما فيها دخلت الشجرة والنخلة ولو أثمرتا كما أشار إليه فى الديوان».

وقيل: ما أثمر من النخل. فهذه ثلاثة أقوال للاباضية بعدم دخول النخلة فى بيع الأرض التى بيعت وهى فيها ومن ثم تبقى للبائع. فالخلاف فى القدر الذى تصله النخلة حتى لاتدخل فى البيع. وقالوا أيضا: أنه إذا كانت النخلة منقولة من غير تلك الأرض المبيعة إليها فانها لاتدخل فى البيع وتكون للبائع ولو كانت له -أى لنبت هذه النخلة- سعفة واحدة، وسواء كان النبت متولدا من نوى أو من نخلة.

وأما الشجر من غير النخل كالتين والزيتون، والخوخ، ونحوه، فانه لايدخل فى البيع ويكون للبائع إذا كان لنبته ورقتان فصاعدا. وقيل: الذى أثمر هو الذى لايدخل. وقيل: لايدخل الشجر فى البيع مطلقا وهو للبائع. وفى الشجر المنقول مثل ماسبق فى النخل المنقول[١].

القول الثانى: إذا بيعت الأرض وفيها شجرة رطبة، فانها تتبع الأرض فى البيع أى تدخل فيه وتكون لمشترى الأرض مالم يكن شرط أو عرف يقضى بخلافه[٢]، وبه قال الحنفية باتفاق فى الشجرة الكبيرة المثمرة، وهو

(١) راجع نص الاباضية بالهامش السابق.
فائدة: قال أطفيش: كل شجرة أو نخلة ينبت مثلها من نواها وحبها كما تكون بقطع الغصن أو الودية -الودى بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار الفسيل وأيضا بفتح الواو وإسكان الدال وتخفيف الياء- منها ولكن يكون بعض التخالف فى الثمرة أو تكون ذكارا. وذكر بعض المجربين: أنه من غرس تمرة وفى داخلها نواها نبتت كأمها بلا مخالفة فى تمر ولون. شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ ، ٣٥٩.

(٢) فان شرط البائع افراد الشجر عن الأرض، أو جرى عرف بافراده عن الأرض فى البيع فانه لايدخل فى العقد على الأرض، أى أعمل الشرط أو العرف، وأيضا مالم يكن استثناء أو تسمية لاخراج الشجر أو بعضه من البيع. فعند الحنفية يقول الكاسانى: «فان كان المبيع أرضا ولم يذكر شيئا من القرائن دخل مافيها من الأبنية والأشجار» بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ . وانظر الهداية، وشرح العناية ، وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ . ومجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ . وعند المالكية فى بيان حكم الشجر والبناء فى الأرض المبيعة يقول فى الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠١: «دخلا فى بيع الأرض إلا لشرط أو عرف فيعمل به». وليس من الشرط عندهم تخصيص بعض أمكنه بالذكر (=)

الصحيح عندهم أيضا فى الشجرة الصغيرة، والشجرة غير المثمرة(١) ويدخول

(=) بعد قول البائع: بعتك جميع ما أملك مثلا.
يقول الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١: «تنبيه: ليس من الشرط تخصيص بعض أمكنة بالذكر بعد قوله: جميع ما أملك مثلا. فاذا قال: بعته جميع أملاكى بقرية كذا، وهى الدار والحانوت مثلا وله غيرهما فذلك الغير للمبتاع أيضا أى للمشترى، ولايكون ذكر الخاص بعد العام مخصصا له لأن ذكر الخاص بعد العام إنما يخصصه ويقصره على بعض أفراده إن كان منافيا له، وهنا ليس كذلك». وانظر نفس النص فى أقرب المسالك على الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠١ .
وعند الشافعية. يقول صاحب الروضة، جـ٣، ص ١٩٤: «إن قال: دون مافيها من الشجر والبناء، لم تدخل الأشجار والأبنية فى البيع».
وفى التحفة، جـ٤، ص ٤٣٩: «ولو قال بما فيها دخل ذلك كله قطعا، أو دون مافيها لم تدخل قطعا» وانظر شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ . والبيان، جـ٣، ورقة ٦٧ ، ٦٨ . وحلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٦.
وفى أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦: «وإن استثناها كبعتك أو رهنتك الأرض دون مافيها خرجت أى لم تدخل فى العقد»
وللحنابلة يقول البهوتى فى كشافه، جـ٣، ص ٢٧٦: «فان قال: بعتك هذه الأرض وثلث بنائها، أو بعتك هذه الأرض وثلث غراسها ونحوه كالربع لم يدخل فى البيع من البناء والغراس إلا الجزء المسمى لقرينة العطف. وكذلك لوقال: بعتك نصف الأرض وربع الغراس لم يتناول البيع عن غراس النصف سوى الجزء المسمى منه لقرينة العطف. ويدخل ماؤها أى ماء الأرض المبيعة تبعا لها بمعنى أن المشترى يصير أحق به كالبائع لأنه يملكه إذ لايملك إلا بالحيازة كما تقدم فى البيع».
وللاباضية يقول أطفيش فى شرح النيل، جـ٨، ص ١٥٢ ، ١٥٣: «والمعلوم جائز الاستثناء كبيع بستان معين إلا شجرة معينة أو إلا شجرتين معينتين أو إلا أشجار معينة». وانظر نتائج الأقوال، جـ٢، ص ٥٣ . والجامع لابن بركة، جـ٢، ص ٣٢٩ وما يليها، ص٣٧٨.

(١) جاء فى مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥: «يدخل الشجر فى بيع الأرض بلا ذكر. مثمرة كانت الأشجار، أو لا على الأصح، إذا كانت موضوعة فى الأرض للقرار فتدخل تبعا صغيرة أو كبيرة إلا اليابسة فانها على شرف القطع فهى كالحطب الموضوع. وقيدنا بكونها موضوعة فى الأرض لأنه لو كانت فيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع فانها إن كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع وتكون للمشترى، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهى للبائع إلا بالشرط» وانظر مثله فى الدر المنتقى بهامش المصدر السابق.
يقول الحصكفى: «ويدخل الشجر فى بيع الأرض بلا ذكر، فبالذكر أولى مثمرة كانت أو لا، صغيرة أو كبيرة إلا اليابسة لأنها على شرف القلع.فتح.إذا كانت موضوعة فيها(=)

(=) للقرار، فلو فيها صغار تقلع زمن الربيع إن من أصلها تدخل، وإن من وجه الأرض لا، إلا بالشرط» فالحصكفى فرق فى الصغيرة.
قال ابن عابدين: قال فى المحيط: كل ماله ساق ولايقطع أصله كان شجرا يدخل تحت بيع الأرض بلا ذكر، ومالم يكن بهذه الصفة لايدخل بلا ذكر لأنه بمنزلة الثمرة أ. هـ.
وتدخل مثمرة كانت أم لا صغيرة أو كبيرة لأن محمدا لم يفصل بينهما ولابين الصغير والكبير فكان الحق دخول الكل خلافا لمن قال: أن غير المثمر لاتدخل إلا بالذكر لأنها لاتغرس للقرار بل للقطع إذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولمن قال: ان الصغيرة لاتدخل. فتح. وفى التتار خانية عن المحيط أن هذا أصح أى عدم التفصيل. أ. هـ.
قال ابن عابدين: قلت: لكن فى الذخيرة: أن العرائش والأشجار والأبنية تدخل لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد فتتبع الأرض بخلاف الزرع والثمر لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع. أ.هـ .
قال ابن عابدين: ومقتضاه أن غير المثمر المعد للقطع كالزرع إلا أن يقال: انه ليس له نهاية معلومة.
(وقوله: فلو فيها صغار تقلع زمن الربيع ان زمن أصلها تدخل) نقله فى الفتح عن الخانية ويأتي قريبا مايفيد أن صغرهاوقطعها فى كل سنة غير قيد. (قوله: وان من وجه الأرض لا) أى لاتدخل لأنها حينئذ تكون كالثمر. حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٧.
«وفى الواقعات أيضا: لو فيها أشجار تقطع كل ثلاث سنين فلو تقطع من الأصل تدخل ولو من وجه الأرض فلا لأنها بمنزلة الثمرة. قال ابن الشحنة: فيه اشارة إلى أن العلة كونه يباع شجرا بأصله فلا يكون كالثمرة بخلاف المقطوع من وجه الأرض مع بقاء أصله لأنه كالثمرة أ. هـ.».
ذكر ذلك ابن عابدين ثم قال «قلت: والحاصل أن الشجر الموضوع للقرار، وهو الذى يقصد للثمر يدخل إلا إذا يبس وصار حطبا. أما غير المثمر المعد للقطع فان لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل أيضا بخلاف ماأعد للقطع فى زمن خاص كأيام الربيع أو فى كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور». حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٧.
وفى الهداية: «من باع أرضا دخل مافيها من النخل والشجرة وإن لم يسمه».
قال البابرتى: «كبيرة كانت النخلة والشجرة أو صغيرة مثمرة أو غيرها على الأصح».
قال ابن الهمام: «ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمر ولابين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشايخ أن غير المثمرة لاتدخل إلا بالذكر ... ولما قال بعضهم: أن الصغيرة لاتدخل. وفى فتاوى قاضيخان: ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع: إن كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهى للبائع إلا بشرط». أنظر. الهداية، وشرح العناية، وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥. (=)

. . . .

(=) ويقول الزيلعي: «يدخل الشجر في بيع الأرض بلا ذكر ... واختلفوا في شجر غير مثمر، وفي شجر سفير. قيل: لايدخل. وقيل: يدخلان فيه...».
وقال الشلبي: «قال الكمال: ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولابين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل». أنظر تبيين الحقائق وحاشية الشلبي، جـ٤، ص ٩ . الاختيار، جـ٢، ص ٥.
ويقول الكاساني: «فإن كان المبيع أرضا ولم يذكر شيئا من القرائن دخل مافيها من الأبنية والأشجار ...» . بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ . و
ويقول أيضا عند استدلال أبي يوسف لعدم تبعية الأرض للشجرة المبيعة: «ألا ترى أن الشجرة تدخل في بيع الأرض من غير شرط تبعا للأرض فلو دخلت الأرض في بيع الشجرة لاستتبع التبع الأصل وهذا قلب الحقيقة». فالشجرة تتبع الأرض في البيع ولاتتبع الأرض الشجرة المبيعة. حكمان مختلفان باختلاف المبيع فيهما. بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤.
القواعد التي تحكم هذا الفصل عند الحنفية. أعني مايدخل في البيع تبعا ومالايدخل.
القواعد جمع قاعدة. والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته. حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٤ . المصباح المنير، جـ٢، ص ٥١٠ (كتاب القاف) وقواعد البيت اساسه. مختار الصحاح، ص٢٨٠ (باب القاف) المصباح السابق.
ويذكر البابرتي أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدين.
القاعدة الأولى: أن كل ماهو متناول إسم المبيع عرفا دخل في المبيع، وإن لم يذكر صريحا.
القاعدة الثانية: أن ماكان متصل بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول. قال: ونعني بالقرار الحال الثاني علي معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار. وماوضع لا، لأن يفصله فيه فهو اتصال قرار. أنظر شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٣ . وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ ، ٤٨٦.
وقال في الدر: «فصل فيما يدخل في البيع تبعا وما لايدخل ... الأصل أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما: كل ماهو متناول اسم المبيع عرفا يدخل بلا ذكر. الثانية: أن كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار، وهو ماوضع لا لأن يفصله البشر دخل تبعا وما لا فلا.
ومالم يكن من القسمين فان من حقوقه ومرافقه دخل بذكرها، وإلا لا».
قال ابن عابدين معلقا: فالمراد هنا أن الأصل الذي يستند إليه معرفة هذا الفصل هو أن مسائله مبنية على قاعدتين. ولايخفى أن هذا تركيب صحيح فافهم. والأولى أن يقول: على ثلاث قواعد كما فعل في الدر وقال: والثالث أن مالا يكون من القسمين إن كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا. حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٤ ، ٣٥. (=)

الشجرة الرطبة فى البيع تبعا للأرض قالت المالكية[1] وهو المذهب عند

(=) وفى مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٤: «فصل فيما يدخل فى بيع الأرض تبعا بغير تسمية وما لايدخل. والأصل أن كل ماهو متناول اسم المبيع عرفا، أو كان متصلا بالمبيع اتصال قرار، أو كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بلا ذكر صريح، ونعنى بالقرار الحال الثانى على معنى أن ماوضع لأن يفصله البشر بالآخرة ليس باتصال قرار، وما وضع لا، لأن يفصله منه فهو اتصال قرار».

وعبارة الدر على المصدر السابق: «الأصل أن كل مايتناوله إسم المبيع عرفا وكان متصلا به اتصال قرار، وهو ما وضع لا، لأن يفصله البشر يدخل وما لا فلا. ومالم يكن من القسمين إن كان من حقوق المبيع ومرافقه دخل فى البيع بذكرها، وهو ماوضع لأن يفصله البشر وما لا، فلا».

ويقول الكاسانى: «والأصل أن كل ماركب فى الأرض يدخل. ومالم يركب فيها أو ركب لاللبقاء بل لو قت معلوم لايدخل». أنظر بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤.

ويقول فى موضع آخر: «وجملة الكلام فى بيع العقار أن المبيع لايخلو من أن يكون أرضا أو كرما أو دارا أو منزلا أو بيتا. وكل ذلك لايخلو إما أن لم يذكر فى بيعه الحقوق ولا المرافق ولاذكر كل قليل وكثير منها، وإما أن ذكر شيئا من ذلك. فان كان المبيع أرضا ولم يذكر شيئا من القرائن دخل مافيه من الأبنية والأشجار، ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء ... وإن ذكر شيئا من القرائن. فان ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذى يكون فى ملك إنسان وهو حق المرور فى ملكه ولايدخل الزرع والثمر لأنها أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانها عبارة عن حق الشرب والسقى والتسييل والمرور فيتناولها الاسم. وإن ذكر القليل والكثير بأن قال: بعتها منك بكل قليل وكثير وهو فيها ومنها إن قال فى آخره من حقوقها فلا يدخل الزرع والثمر، وإن لم يقل فى آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر وكل ماكان متصلا به لأن اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك» أنظر. بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤. وانظر تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . والهداية، والكفاية، وشرح العناية، وفتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٨

وسيأتى بيان الألفاظ المستخدمة فى عقد البيع ومايترتب عليها، وذلك عند الكلام عن حكم الزرع والثمر إذا ذكرت الحقوق والمرافق فى البيع وكان الزرع والشجر فى الأرض، والثمر على الشجر.

(١) يقول الخرشى: «العقد على الأرض يتناول البناء والشجر اللذين فيها بحكم العرف والعادة لابحسب اللغة، وهذا حيث لاشرط ولا عادة بخلافه، وإلا عمل به». شرح الخرشى، جـ٥، ص ١٨٠ ، ١٨١.

ويقول الدردير: «تناول العقد على الأرض مافيها من بناء وشجر، ومحل ذلك إن لم يكن شرط أو عرف وإلا عمل به». (=)

الشافعية إذا قال البائع فى البيع «بحقوقها» ووجه عندهم أيضا إذا لم يقل البائع «بحقوقها» أى إذا أطلق فى البيع، وصرح الشيرازى فى المهذب، والنووى فى الروضة، والمحلى فى شرحه، والعمرانى فى البيان[١] أنه المنصوص[٢] ولم يذكر الشيخ زكريا فى الأسنى غيره[٣] فان قال: «بعتك

(=) قال الدسوقى: «ومحل تناول العقد على الأرض مافيها من بناء وشجر كان ذلك العقد بيعا أو غيره إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه، وإلا عمل بذلك الشرط أو العرف، فاذا اشترط البائع أو الراهن أو نحوهما افراد البناء أو الشجر عن الأرض أو جرى عرف بافرادهما عن الأرض فى البيع أو الرهن أو نحوهما فانهما لايدخلان فى العقد على الأرض». الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧٠ ، ١٧١ . وانظر جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ . والشرح الصغير وبلغة السالك، جـ٢، ص ٣٠١.

(١) راجع نصوصهم بهامش القول الأول.
وقال الرافعى: عامة الأصحاب رحمهم الله على أن ظاهر المذهب دخولهما ورأوا أصح الطرق تقرير النصين، أى نص البيع والرهن. فتح العزيز، جـ٨، ص ١٩.

(٢) فى الأم، جـ٣، ص ٤٥، مجلد/ ٢: «وكل أرض بيعت بحدودها فلمشتريها جميع ما فيها من الأصل، والأصل ماوصفت مما له ثمرة بعد ثمرة من كل شجر وزرع مثمرة، وكل مايثبت من الشجر والبنيان». وفى ص ٤٧: «... انما يملك المشترى الأرض بما خلق فى الأرض من ماء وطين وماكان فيها من أصل ثابت من غراس أو بناء ...».
وأكثر فقهاء الشافعية جزموا بهذا الحكم العمرانى والشيخ زكريا الأنصارى فيما لو قال «بحقوقها» وعبر الرافعى والسبكى حينئذ بقولهما «على المشهور» وعبارة الروضة «على الصحيح». وحكى الرافعى والسبكى وجها آخر. قال السبكى: وصرح الشيخ أبو حامد بنفى الخلاف فيه، وكذلك يقتضيه ذكر أكثر الأصحاب. فتح العزيز، جـ٨، ص ١٨ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٤ . تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٠ . مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٨١ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦ . منهج الطلاب وشرحه وحاشية البجرمى عليه، جـ٢، ص ٢٩١.

(٣) يقول الشيخ زكريا فى الأسنى، جـ٢، ص ٩٦: «اللفظ المتناول غيره فى عقد البيع ستة. الأول: الأرض ومثلها البقعة والساحة والعرصة فان باعها أو رهنها بما فيها من أشجار وأبنية دخلت فى العقد ولو بقوله: بعتك أو رهنتك الأرض بما فيها أو عليها أو بها أو بحقوقها. وإن استثناها كبعتك أو رهنتك الأرض دون مافيها خرجت أى لم تدخل فى العقد، وإن أطلق كبعتك أو رهنتك الأرض دخلت فى البيع».
قال الرملى فى حاشيته على الأسنى السابق: «والأشجار تدخل فى البيع ولو أشجار موز فقد عدها البغوى مما يندرج على أصح الطرق وصححه السبكى».
وقال الهيتمى فى التحفة، جـ٤، ص ٤٣٨ «هو المعتمد».
ولايدخل فى بيع الأرض مسيل الماء وشربها -بكسر الشين- أى نصيبها من القناة (=)

هذه الأرض بما فيها» دخلت الأشجار قطعا.

وبتبعية الشجرة للأرض فى البيع قال الحنابلة باتفاق وبلا نزاع إذا قال البائع «بحقوقها» ، وكذلك إن لم يقل «بحقوقها» بأن أطلق فى البيع على أحد الوجهين وهو المذهب والصحيح(١) ولم يذكر البهوتى غيره(٢). وبتبعية الشجرة للأرض فى البيع قال ابن حزم الظاهرى(٣) وكذلك الاباضية فى اتجاه لهم وإن تعددت أقوالهم فى الصفة التى تكون عليها النخلة والشجرة لتدخل فى البيع. فعندهم فى النخلة ثلاثة أقوال، القول المختار منها أن لمشترى الأرضَ ماله سعفة أى ورقة واحدة فورقة النخل تسمى سعفة، ويدخل بالأولى مالاسعفة له بأن خرجت له عروق ولم ينبت على وجه الأرض. وقيل: لمشترى الأرض النخل مالم يدر عليه ليف ولو كانت للنخل جرائد. وقيل: له الذى لم يثمر ولو دار عليه ليف.

(=) والنهر المملوكين حتى يشترطه كأن يقول بحقوقها. أنظر قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٥.
قال فى الأسنى: والمراد الخارج من ذلك عن الأرض أما الداخل فيها فلا ريب فى دخوله، نبه عليه السبكى وغيره، وهذا بخلاف مالو اكتراها لزرع أو غراس فان ذلك يدخل مطلقا لأن المنفعة لاتحصل بدونه. أنظر الأسنى، جـ٢، ص ٩٦ . وانظر ماسبق فى هذا من نص تحفة المحتاج، وقليوبى على شرح المحلى بهامش القول الأول.
وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧٢: «وأما غير النخل والكرسف من الأشجار فعلى ثلاثة أضرب. أحدها مايقصد منها الورد، وهو على قسمين. أحدهما مايخرج ورده من الأكمام ثم يتفتح بعد ذلك وتظهر كالورد فاذا بيعت الأرض وفيها شجر الورد دخل الشجر فى بيع الأرض».

(١) راجع نصوصهم بهامش القول الأول. وأنظر القواعد لابن رجب ص ١٦٥. القاعدة/ ٨٠.

(٢) يقول فى كشافه، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦: «وإن باع أرضا أو بستانا، أو رهن أرضا أو بستانا، أو أقر بأرض أو بستان، أو أوصى بأرض أو بستان، أو وقفه أو أصدقه فى نكاح أو جعله عوضا فى الخلع، أو أعتق، أو جعالة ونحوه، أو وهبه، أو تصدق به. دخل أرض وغراس وبناء، ولو لم يقل بحقوقها ...».

(٣) جاء فى المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨ مسألة ١٥٩٣: «ومَن اشترى أرضا فهى له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر نابت ... وهذا إجماع متيقن ومازال الناس يتبايعون ... والأرضين من عهد رسول الله - ﷺ - هكذا لايخلو يوم من أن يقع فيه بيع ... أو أرض هكذا، ولايكون له ماكان موضوعا فيها غير مبنى ...».

وفى شجر غير النخل. المختار عندهم أن لمشترى الأرض من الشجر ماله ورقة واحدة، وقيل: ماله ورقتان، وقيل: الذى لم يثمر. فان قال البائع: بعت الأرض ومافيها. فالذى فى ديوان المشايخ: أن الشجرة والنخلة تدخل ولو أثمرتا[١].

الأدلـــــــــة:

دليل القول الأول: استدل من قال بعدم تبعية الشجرة الرطبة للأرض المبيعة فى البيع عند الاطلاق. ومن ثم لاتتبع إلا بتصريح أو شرط أو عرف أو استثناء بالآتى:

١- قول - ﷺ - فى حديث بيع الشجر مثمرا: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٢].

وجه الدلالة: قياس الشجرة فى بيع الأرض على الثمرة المؤبرة فى بيع شجرتها، فالمقيس عليه لايدخل إلا بالشرط فكذا المقيس[٣].

يقول الماوردى: «... أحدهما: أن البناء والشجر لايدخل فى البيع ولافى الرهن جيمعا كما لاتدخل الثمرة المؤبرة فى البيع ولافى الرهن»[٤].

٢- استدلوا بالقياس على الزرع[٥].

٣- أن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء لأن الأرض اسم

---

(١) أنظر نص الاباضية بهامش القول الأول السابق.

(٢) سبق هذا الحديث مستوفيا فى الفصل الأول والثانى من الباب الأول.

(٣) المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ . شرح جلال المحلى وحاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١١.

(٥) الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ . شرح جلال المحلى. جـ٢، ص ٢٢٥ وعليه قليوبى.

للعرصة دون مافيها من الغراس والبناء، فلا يشملهما اسم الأرض فلا يدخلان فى البيع[١].

قال فى التتمة: «ووجهه: أن اسم الأرض لايتناولهما بل كل واحد منهما ينفرد باسم»[٢]. حتى لو قال «بحقوقها» لأن حقوق الأرض إنما تقع على الممر ومجرى الماء إليها ونحو ذلك[٣].

٤- من أصحاب الشافعى من استدل بأحد قولى الشافعى فى الرهن تخريجا للبيع على الرهن[٤].

٥- واستدل السبكى لهذه الطريق بأنه لادليل على دخول البناء والشجر ولاتبعيتهما للأرض من عرف ولاغيره. وقال: وهذا هو القياس[٥].

وعلى هذا القول تبقى الشجرة دائما فى الأرض بلا أجرة وللمشترى الخيار عند الجهل[٦].

---

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ . البيان، جـ٣، ،ورقة ٦٧.

(٢) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٧٥ . شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٣) شرح المحلى السابق. وانظر. المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣ . وكشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦.
يزيده ماحكاه الامام بقوله: «أن من أئمتنا من قال: لايدخل محتجا بما قاله القاضى حسين قبله على سبيل الاشكال: أن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجارى المياه وما أشبههما».
قال السبكى: «ورأى الامام أن هنا أقيس ، وهو كما رأى إلا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد». فتح العزيز، جـ٨، ص ١٨ . مطبعة التضامن الأخوى، تكملة المجموع الأولى للسبكى، جـ١١، ص ١٧٠.

(٤) أنظر النصوص السابقة بالهامش للشافعية.

(٥) تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٠ ، ١٧١ . مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٨١.

(٦) حاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ . الانصاف، جـ٥، ص ٥٦.

المناقشـــــة:

نوقشت هذه الأدلة بالآتى:

أ- أن مفهوم الحديث أن الثمرة إذا لم تؤبر فانها للمشترى مع أن اسم النخلة لايشملها لكن لاتصالها بها دخلت فى البيع وكانت للمشترى، والبناء والغراس كذلك[(١)].

ب- أما القياس على الزرع والثمرة المؤبرة فنوقش بالفارق. فالشجرة الرطبة تتخذ للبقاء فى الأرض وليس لانتهائها مدة معلومة بخلاف الزرع والثمرة فهما يرادان للنقل وليسا من حقوقها[(٢)].

قال ابنا قدامة: «... لأنهما ليسا من حقوق الأرض فلا يدخلان فى بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة». ثم قالا: «ومن نصر الأول[(٣)] فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجر والبناء»[(٤)].

وفى الحاوى: «لأن الثمرة المؤبرة تستبقى مدة صلاحها ثم تزال عن نخلها وشجرها فصارت كالشئ المتميز فلم تدخل إلا بالشرط، والشجر يراد للتأبير، والبناء يجرى مجرى أجزاء الأرض، فصار داخلا فى العقد»[(٥)].

جـ- أما إلحاق البيع بالرهن فنوقش بالفارق بينهما بفرقين. أحدهما: أن عقد البيع يزيل الملك أى عقد قوى فجاز أن يكون ماتصل بالمبيع تبع له لقوته، أما عقد الرهن فهو عقد يضعف عن إزالة الملك فلم يتبعه مالم يسمه

(١) شرح المحلى وعميرة السابق.

(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦.

(٣) أى نصر القول بالدخول فى البيع.

(٤) المغنى، جـ٢، ص ٢١٥ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣.

(٥) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١١ . وفى التتمة، جـ٤، ورقة ١٥٨: «... ويخالف مالو باع الشجرة لايدخل الثمرة الظاهرة فى البيع لأنها لاتراد للبقاء والدوام فلم تلحق بالأصل فى الحكم ولم يجعل تبعا لها».

لضعفه. ولهذا المعنى الأشجار الحادثة فى الأرض يحكم بها للمشترى ولاتدخل فى الرهن. الثانى: أنه لما كان ماحدث فى البيع للمشترى جاز أن يكون ما اتصل به من قبل المشترى. ولما كان ماحدث فى الرهن لايدخل فى الرهن اقتضى أن يكون ماتقدم الرهن أولى أن لايدخل فى الرهن، أى لما كان النماء الحادث من البيع بعد العقد للمشترى جاز أيضا أن يتبعها البنا والشجر، ولما كان النماء الحادث من الرهن بعد العقد للراهن جاز أن لايتبعها البناء والشجر(١).

د- ان الطريقة هذه والتى قطع بها ابن سريج واختارها امام الحرمين والغزالى: مخالفة لنص الشافعى. لأن القاضى حسين وغيره قالوا: إن حقوق الأرض لاتشمل البناء والشجر، ولكن تشمل الممر ومسيل الماء ومطرح القمامة وما أشبهها. قال السبكى: وقد جعل امام الحرمين والغزالى فى الوسيط هذه الطريقة هى الأصح، وشذا فى ذلك وإن كان القياس يقتضيه، ولعمرى إن لم يثبت إجماع أو نص فالحق ماقالاه(٢).

لكن القول بالفرق بين البيع والرهن على النحو السابق لم يسلم من الاعتراض. فقد اعترضه ابن عصرون كما فى شرح ابن الرفعة على التنبيه.

قال ابن الرفعة: «وهذا قد ضعفه ابن عصرون بأن موجب الاطلاقات لايختلف بقوة العقد وضعفه»(٣).

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١١ ، ٢١٢ . تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٨ . البيان، جـ٣، ورقة ٦٧ ، ٦٨ . المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ . تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩.

(٢) تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٠ ، ١٧١ . مغنى المحتاج، جـ٢، ص ٨١.

(٣) شرح ابن الرفعة على التنبيه (كفاية النبيه). رسالة فى تحقيقه، ص ٣٣٩ تحت رقم ٢٩٣٨ . مكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة. وهى للباحث جمعة عبد الحميد محمد (ماجستير).

وضعفه السبكى أيضا ونقل قول الامام: بأن المبيع اسم فلا معنى للقوة والضعف[١].

كما اعترض السبكى على الفرق الثانى قائلا: انه لاغ، لأن المنافع الحادثة تبعتها لكونها حادثة فى ملك المشترى، ولاكذلك الحاصلة عند البيع، ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشترى قولا واحدا، والثمرة الحاصلة المؤبرة عند البيع لاتدخل قولا واحدا[٢].

دليل القول الثانى: استدل من قال بدخول الشجرة الرطبة فى بيع الأرض عند الاطلاق أى عند عدم شرط أو عرف أو استثناء أو تسمية يقضى بخلافه أى يقضى باخراج الشجر أو بعضه بالآتى:

١- جاء فى التتمة: «أن البناء والغراس من جملة الثابتات فى الأرض التى يقصد دوامها وقد التحقت بالأرض فى بيوت البقعة فيها فكذلك الشجر بالأرض فى دخوله فى مطلق بيع الأرض ، وأيضا فان هذه الأشياء من حقوق الأرض فصارت كالطرق والمرافق من مسيل الماء وغيره»[٣]. والمعنى أنها تدخل عند الاطلاق قياسا على البيوت، وقياسا على الطرق والمرافق لأن الشجر مثلها فى كونها من حقوق الأرض فصار كما لوقال: «بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها»[٤]. فالشجر من حقوق الأرض فيتبعها من كل وجه سواء قال «بحقوقها» أو لم يقل «بحقوقها» لأن الشجرة الرطبة تتخذ للبقاء فيها وليس لانتهائها مدة معلومة بخلاف الزرع والثمرة[٥].

---

(١) تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٢.

(٢) المصدر السابق.

(٣) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧ ، ١٥٨.

(٤) المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ . البيان، جـ٣، ورقة ٦٧.

(٥) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ . الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٥.

قال ابنا قدامة: «... لأنهما من حقوق الأرض ولذلك يدخلان -البناء والشجر- إذا قال بحقوقهما، وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها»[١].

٢- القياس على الشفعة. فالشجرة الرطبة غرست فى الأرض للثبات والدوام فى الأرض فأشبهت جزأها فتتبعها كما فى الشفعة[٢] أى أن الشجرة لما كانت للثبات والدوام فى الأرض تبعتها فى البيع عند الاطلاق لأنها حينئذ فى معنى الأرض كما جعل البناء والشجر بمعناها فى ثبوت الشفعة فيهما[٣].

٣- لابن الرفعة مسلك فى الاستدلال لهذا القول مفاده: أن لفظ الأرض يشمل الأس والمغرس[٤]، فلو بقى البناء والشجر للبائع لخلا الأس والمغرس عن البقعة وتكون منفعتها مستثناة لا إلى غاية فانه لايمكن قلع البناء والشجر لأنه محترم يراد للبقاء. ولاتبقية بالأجرة[٥]، لأن البائع حين أحدث البناء والشجر أحدثه فى ملكه، فاذا كان الأس والمغرس بهذه المثابة لايصح بيعه منفردا بالاتفاق فوجب إذا ضم إلى مبيع خلا عن ذلك أنه يبطل فى الجميع للجهالة بالثمن، فلما أفضى الأمر إلى هذا المحذور حكم بالاندراج فى البيع حرصا على تصحيح العقد كما أدرج الحمل فى بيع أنثى الحيوان[٦].

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٣.
(٢) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.
(٣) شرح المحلى وحاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٥.
(٤) أى أساس البناء ومغرس الشجرة.
(٥) بل التبقية تكون بلا أجرة عند عدم الدخول وبقائها للبائع كما هو الشأن فى القول الأول.
(٦) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٦ . وقد ذكر ابن الرفعة نحو هذا عند استدلاله للطريقة التى حكاها السبكى فى تكملته وهي الطريقة الرابعة للأصحاب فى البيع والرهن والتى مفادها أن البناء والغراس يدخلان فى البيع، وفى دخولهما فى الرهن قولان (=)

٤- أن الشجر وكذلك البناء متصل بالأرض فيدخل في البيع كسائر أجزاء الأرض، ولأن البيع عقد قوى يزيل الملك فيدخل فيه الغراس والبناء بخلاف الرهن فهو عقد ضعيف لايزيل الملك فلم يتبع فيه الغراس والبناء[١].

٥- قياس الشجرة على الثمرة غير المؤبرة[٢]، فالثمرة غير المؤبرة تدخل في بيع الشجرة بمفهوم حديث رسول الله - ﷺ - الذي استوفيناه في مدى تبعية الثمرة للشجرة في البيع[٣]، ونصه: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» مفهومه أنها إذا لم تؤبر تكون للمشترى. والمعنى أن اسم النخلة لايشمل الثمرة ومع ذلك دخلت في البيع لاتصالها بها، والبناء والغراس كذلك[٤]، أي متصل بالأرض اتصال الثمرة بالشجرة، فهذه علة القياس وهي واحدة في الموضعين فكان الحكم واحدا.

٦- استدل الحنفية لموضع الاتفاق عندهم بالقياس على البناء. فالنخل والشجر متصل بالأرض اتصال قرار فأشبه البناء[٥]، أي فيدخل في بيعها تبعا لها[٦].

(=) حكاهما أبو الحسن الجوزى . قال ابن الرفعة: بأنه يشهد لها أن الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج في البيع قولا واحدا، وفي اندراج ذلك في الرهن قولان. تكملة المجموع الأولى، جـ١١، ص ١٧٦ ، ١٧٧.

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ . البيان، جـ٣، ورقة ٦٧ ، ٦٨ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ . تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٨ . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١١ ، ٢١٢ . سبق في أدلة القول الأول الاعتراض من البعض على من فرق بين البيع والرهن في مسألتنا. فليراجع.

(٢) راجع كلام ابن الرفعة بالهامش قبل السابق.

(٣) وذلك عند الجمهور. خلافا للحنفية ومن وافقهم.

(٤) شرح المحلى وحاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٥) الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٥ . الاختيار، جـ٢، ص ٥ . تبيين الحقائق، جـ٤، ص ٩ . مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ . أي أن العلة في دخول الشجر هي العلة في دخول البناء، وهي انهما وضعا للقرار. حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٧.

(٦) تبيين الحقائق السابق.

واستدلوا للأصح فى موضع الخلاف بأن نهاية النخلة أو الشجرة الصغيرتان، وكذلك غير المثمرة ليس لها حد معلوم[١]، فكانت كالكبيرة والمثمرة فى اتصالها بالأرض اتصال قرار.

٧- استدل ابن حزم الظاهرى بالاجماع وعمل الناس . يقول: «ومن اشترى أرضا فهى له بكل مافيها من بناء قائم أو شجر نابت ... وهذا إجماع متيقن ومازال الناس يتبايعون ... والأرضين من عهد رسول الله - ﷺ- هكذا، لايخلو يوم من أن يقع فيه بيع ... وأرض هكذا»[٢].

الراجـــــــــح:

والرجح فى نظرنا هو قول من قال: تتبع الشجرة الرطبة الأرض فى البيع عند الاطلاق. أى عند عدم شرط أو عرف أو استثناء يخرجها عن البيع لقوة دليله وضعف دليل القول المخالف الذى يرى عدم التبعية حينئذ فلا تتبع إلا بشرط أو عرف أو استثناء أو تصريح أو بقوله «بحقوقها»[٣].

وأيضا فالقول بالتبعية عند الاطلاق هو القول الأصح فى المذاهب التى حدث فيها خلاف بل هو قول أكثر الفقهاء حتى أن ابن حزم حكى الاجماع عليه: والله اعلم بالصواب،

---

(١) المصدر السابق.

(٢) المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨ مسألة ١٥٩٣.

(٣) والقول بالتبعية فى هذه الحالات متفق عليه ولاخلاف فيه، وإنما الخلاف حدث عند الفقهاء فيما لو أطلق المتبايعان فى البيع.

المبحث الثانى

مدى تبعية الشجرة اليابسة، والصغيرة، وغير المثمرة للأرض فى البيع

وفى هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول: مدى تبعية الشجرة اليابسة.

المطلب الثانى: مدى تبعية الشجرة الصغيرة، والشجرة غير المثمرة.

س- اذكر مع الدليل موقف الفقهاء والترجيح من تبعية الشجرة اليابسة للأرض فى البيع.

المطلب الأول

مدى تبعية الشجرة اليابسة للأرض فى البيع

صرح الحنفية والشافعية بأن الشجرة اليابسة، وأولى المقلوعة والمقطوعة -لاتدخل فى بيع الأرض أى لاتتبع فى البيع، ومن ثم فهى لبائع الأرض.

وحجتهم فى ذلك أن الشجرة اليابسة لايقصد بها الدوام على حسب الأصل، لأنها على شرف القطع، فكانت كحطب موضوع فيها.

وأما المقلوعة والمقطوعة فان لفظ البيع لايتناولها لكون التبعية انقطعت بانفصالها عن الأرض.

جاء عند الحنفية: «الشجرة اليابسة لاتدخل لأنها على شرف القطع فهى كحطب موضوع فيها»[١].

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ . حاشية الشلبى، جـ٤، ص ٩ . وفى مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥: «يدخل الشجر فى بيع الأرض بلا ذكر ... إلا اليابسة فانها على شرف القطع فهى كالحطب الموضوع» . وانظر الدر المنتقى بهامش نفس المصدر. (=)

لكن ان جعلت عريشة دخلت في البيع: «في الذخيرة: أن العرائش تدخل لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد فتتبع الأرض بخلاف الزرع والثمر لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع»[١].

وعند الشافعية. قال في الأسنى: «... ويؤخذ منه تقييد الأشجار بالرطبة فتخرج اليابسة، وقد صرح به ابن الرفعة والسبكى تفقها...»[٢]. فابن الرفعة والسبكى بل وغيرهما قالوا به تفقها، أما الأسنوى فقد جزم بعدم الدخول.

قال الرملى: «... وقد صرح به ابن الرفعة والسبكى أى وغيرهم تفقها. وقال الأسنوى: لاتدخل جزما»[٣].

وفى الحاوى: «فأما ما كان فى الأرض من شجر مقطوع وبناء مقلوع وعلف مخزون، وتمر ملقوط، وتراب منقول، وسماد محمول، فكل ذلك للبائع لايدخل فى البيع إلا بالشرط»[٤].

فالشافعية يشترطون لتبعية الشجرة للأرض فى البيع، أن يكون مقصودا بها الدوام. واليابسة والمقلوعة ليستا كذلك.

قال الرملى: «... ولابد أن يكون المقصود بها الدوام»[٥]. ومما

(=) وفى الدر: «... الا اليابسة لأنها على شرف القلع ...»
قال ابن عابدين: «فهى كحطب موضوع فيها. فتح» حاشية ابن عابدين ومعها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٧.
وفى ابن عابدين السابق: «... والحاصل أن الشجر الموضوع للقرار، وهو الذى يقصد للثمر يدخل إلا إذا يبس وصار حطبا كما مر».

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٧.
(٢) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.
(٣) حاشية الرملى على الأسنى السابق.
(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٣ ، ٢١٤.
(٥) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٦.

يقصد به الدوام اتخاذها دعامة. أو عريشة فحينئذ تدخل.

جاء فى التحفة وحواشيها: أما الشجر المقلوع واليابس فلا يدخلان فى الاطلاق جزما كالشتل الذى ينقل. لأنهما لايرادان للبقاء فأشبها أمتعة الدار. ومن ثم لو جعلت اليابسة دعامة لنحو جدار دخلت.

قال سيد عمر: يدخل فيه مالو جعلت دعامة لشجرة ثابتة، ومماينصب من الأخشاب. وعبارة النهاية والمغنى: نعم إن عرش على اليابسة عريشة لعنب ونحوه أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل فى البيع.

وهل يلحق بذلك مالو اعتيد عدم قلعهم لليابسة والانتفاع بها بربط الدواب ونحوه؟ فيه نظر. والالحاق محتمل تنزيلا للاعتياد ذلك منزلة التعريش.

قال بعضهم: وقوله: محتمل -بكسر الميم- فيفيد ترجيح الالحاق واستظهره الشروانى حيث قال: وهو الظاهر[١].

وفى القليوبى تعليقا على الشرح: «... أى فلا يدخل الشجر اليابس إلا إن احتيج إليه لجعله دعامة ونحوها، وفارق دخول الوتد بأنه للدوام»[٢].

وهل لايدخل المقلوع واليابس[٣]، إلا أن يقول: بما فيها أولا: فيه نظر.

قال الشروانى: أقول: الأقرب الدخول، لأنها لاتزيد على أمتعة الدار، وهى أي الدار لو قال فيها ذلك بعد رؤيتها دخلت[٤].

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٣٩ . حاشية العبادى، جـ٤، ص ٤٨٣ ، ٤٣٩.

(٢) قليوبى على شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٣) أى إن لم يقصد به الدوام كدعامة أو عريشة ونحوهما، فهذا يدخل باتفاق.

(٤) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٣٩.

استدخل اليابسة عندهم

وأما الحنابلة: فنصوصهم فيما اطلعت عليه من كتبهم[١] لم تقيد الشجر الداخل فى بيع الأرض بكونه رطبا، وإنما المذكور فيها عبارة «دخل مافيها من غراس» وهذا يعنى المغروس فى الأرض لاالمقلوع والمقطوع، وهو ماصرح به البهوتى فى كشافه فقد أخرج من التبعية المقلوع والمقطوع فقط قال «لايدخل فى بيع أرض أو بستان شجر مقطوع ومقلوع لأن اللفظ لايتناوله، والتبعية انقطعت بانفصاله»[٢].

وأما المالكية: فقد سبق أن القاعدة عندهم فى التبعية. أن العقد على الأرض يتناول مافيها من شجر مالم يكن شرط أو عادة بخلافه[٣]، ومن ثم فانهم لم يفرقوا بين الرطبة واليابسة التي فى الأرض فى الحكم كالحنابلة.

وأما الظاهرية[٤] والاباضية[٥] فالظاهر من نصوصهم فى هذ المسألة أنه لايدخل فى البيع الشجر اليابس والمقلوع والمقطوع حيث التعبير عندهم «الشجر النابت».

الخلاصة: أقول: فالفقهاء اتفقوا على عدم تبعية الشجر المقطوع والمقلوع لانقطاع التبعية بفصله عن الأرض.

أما اليابس ففيه قولان:

القول الأول: لايدخل فى البيع عند الاطلاق إلا إن اتخذ للدوام كدعامة أو عريشة لنحو عنب. وبه قال الحنفية، والشافعية، والظاهرية، والاباضية.

القول الثاني: يدخل فى البيع مالم يكن شرط أو عرف بخلافه. وبه

(١) راجع نصوصهم بهامش «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع».
(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦.
(٣) راجع نصوصهم بهامش «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع».
(٤) راجع نصوصهم بالهامش المذكور سابقا . المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨ مسألة ١٥٩٣.
(٥) راجع نصوصهم المذكورة سابقا . شرح النيل، جـ٨، ص ٣٥٨ وما يليها.

قال المالكية، والحنابلة.

والراجح فى نظرنا هو القول الأول للآتى:

١- أن الشجرة اليابسة على شرف القطع فهى كحطب موضوع فيها[١].

٢- القياس على الغصن اليابس فانه إذا بيعت شجرته لايدخل فى البيع فكذا هنا[٢].

وجه القياس أن الشجرة أصل للغصن كما أن الأرض أصل للشجرة والغصن لايتبع أصله فى البيع إلا إذا كان رطبا. فكذلك الشجرة لاتتبع أصلها إلا إذا كانت رطبة، لأن اليابس واليابسة العادة فيه القطع.

قال فى الأسنى: «فتخرج اليابسة وقد صرح به ابن الرفعة والسبكى تفقها، وهو قياس ما يأتى أن الشجر لايتناول غصنه اليابس»[٣].

ويقول المحلى: «يدخل فى بيع الشجرة أغصانها إلا اليابس لأن العادة فيه القطع فيقال هنا فى الشجر اليابس كذلك»[٤].

قال عميرة: «أى بحكم الأولى بدليل أن الغصن الرطب يدخل فى اسم الشجرة بلا خلاف، بخلاف الشجرة الرطبة مع الأرض فان فيها خلافا»[٥].

وقد يستشكل بالدار. فبيع الدار يتناول ما أثبت فيها من وتد ونحوه.

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ . حاشية الشلبى، جـ٤، ص ٩.

(٢) استدل به الشافعية وهم من القائلين بالقياس بخلاف الظاهرية.

(٣) الأسنى، جـ٢، ص ٩٦.

(٤) شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٥) حاشية عميرة على المصدر السابق. قال الرملى معلقا على هذا القياس: «لاشك -فى أن دخول الغصن فى اسم الشجر أقرب من دخول الشجرة فى اسم الأرض ولهذا يدخل الغصن الرطب بلا خلاف» الرملى على الأسنى. جـ٢. ص ٩٦.

ويزال هذا الاشكال بأن الوتد ونحوه أثبت فيها للانتفاع به مثبتا فصار جزئها بخلاف الشجرة اليابسة. نعم إن عرش على الشجرة اليابسة عريش لعنب ونحوه أو جعلت دعامة لجدار أو غيره صارت كالوتد فتدخل فى البيع لأن البيع قوى ينقل الملك فيستتبع[١].

س- اذكر مع الدليل والمناقشة موقف الفقهاء من تبعية الشجرة الصغيرة والشجرة غير المثمرة للأرض في البيع

المطلب الثانى

مدى تبعية الشجرة الصغيرة، والشجرة غير المثمرة للأرض فى البيع

أقول: صرح بهذه المسألة الحنفية، وصرح بها الشافعية فى الشجر الصغير. وقد تقدم عند الحنفية[٢] أن الأصح دخول الشجر الصغير، والشجر غيرالمثمر فى البيع. قالوا: وهو الحق حيث لم يفرق محمد. ومقابل الأصح أنها لاتتبع فى البيع إلا بالذكر والتسمية.

أما دليل التبعية فقد تقدم[٣]. واحتج من قال بعدم التبعية عند الاطلاق وأنها لاتتبع إلا بالذكر والتسمية (الشرط). بأن غير المثمرة

---

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.

(٢) راجع نصوصهم فى المبحث الأول «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع» هامش القول الثانى . وانظر. الهداية، وشرح العناية، وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٠ . الاختيار، جـ٢، ص ٥ . تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص ٩.

(٣) راجع أدلتهم فى القول الثانى من المبحث الأول السابق.
وفى هذا الصدد يقول ابن عابدين: «... لأن محمدا لم يفصل بين المثمرة وغير المثمرة، ولابين الصغير والكبير فكان الحق دخول الكل خلافا لمن قال: ان غير المثمر لاتدخل إلا بالذكر لأنها لاتغرس للقرار بل للقطع إذا كبر خشبها فصارت كالزرع، ولمن قال: ان الصغيرة لاتدخل. فتح. وفى التتار خانية عن المحيط أن هذا أصح أى عدم التفصيل. أ.هـ».
ثم قال: «قلت: لكن فى الذخيرة: أن العرائش والأشجار والأبنية تدخل لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد فتتبع الأرض بخلاف الزرع والثمر لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع. ومقتضاه أن غير المثمر المعد للقطع كالزرع إلا أن يقال: أنه ليس له نهاية معلومة». حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٧.

لاتغرس للقرار بل للقلع إذا كبر خشبها فتقلع للحطب والخشب ليبنى عليها، والصغيرة تنقل من مكانها، فصارا كالزرع[١].

المناقشـــة:

نوقش القياس على الزرع بأنه قياس مع الفارق، لأن نهاية الشجرة الصغيرة، وغير المثمرة ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع فان نهايته لها حد معلوم فلا يصح القياس[٢].

وفصل قاضيخان، وصاحب المجمع والدر فى الشجرة الصغيرة فقالوا: إن كانت تحول أى تنقل فى فصل الربيع وتباع[٣]، وكانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهى للبائع أى لاتتبع إلا بالشرط[٤].

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ . تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص ٩ . ابن عابدين السابق.

(٢) تبيين الحقائق السابق، ص ١٠ . ابن عابدين السابق.

(٣) وهو المعروف عند الفلاحين والمسئولين عن الزراعة فى مصر بنظام «الشتلة».

(٤) «... وفى فتاوى قاضيخا: ولو باع أرضا وفيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع: إن كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهى للبائع إلا بشرط» . شرح العناية وفتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥.
وفى مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥: «... وقيدنا بكونها موضوعة فى الأرض لأنه لو كانت فيها أشجار صغار تحول فى فصل الربيع وتباع فانها إن كانت تقلع من أصلها تدخل فى البيع وتكون للمشترى، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فهى للبائع إلا بالشرط» .
وانظر الدر المنتقى بهامش نفس المصدر.
وفى ابن عابدين: «فى الواقعات أيضا: لو فيها أشجار تقطع كل ثلاث سنين فلو تقطع من الأصل تدخل، ولو من وجه الأرض فلا، لأنها بمنزلة الثمرة...».
قال ابن عابدين معلقا: «... أما غير المثمر المعد للقطع فان لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل أيضا بخلاف ما أعد للقطع فى زمان خاص كأيام الربيع أو فى كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور فى الواقعات -ولايخفى أن الحور- بالمهملتين- ليس لقطعه نهاية معلومة. والله سبحانه وتعالى أعلم» . حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٢.

وصرح الشافعية فى الصغيرة بما يتفق مع مقابل الأصح عند الحنفية فقالوا: بعدم دخولها فى البيع: «أما المقلوع واليابس فلا يدخلان فى الاطلاق جزما كالشتل الذى ينقل لأنهما لايرادان للبقاء فأشبها أمتعة الدار»(١).

وفى القليوبى: «وماجرت العادة بنقله من الشجر الرطب كاليابس»(٢).

ولم يصرحوا بشئ فى الشجرة التى ليس من شأنها الاثمار. وفى نظرنا أنها تدخل لانها رطبة.

ولم يصرح المالكية، والحنابلة، والظاهرية بشئ فى هذا الصدد، وكذلك الاباضية -وقد سبق أن المالكية يقولون بدخول مافى الأرض من شجر مالم يكن شرط أو عرف بخلافه. والحنابلة لم يخرجوا من التبعية إلا المقلوع والمقطوع. والظاهرية يقولون بدخول النابت من الشجر(٣)، وكذلك الاباضية إلا أن الاباضية استخدموا فى الأمثلة الأشجار المثمرة أى التى من شأنها الاثمار كالتين، والخوخ والزيتون ونحوهم مما يدل على أن غير المثمر لايدخل فى البيع على المختار عندهم(٤).

الرأي فى المسألة:

يرى الباحث أن الشجرة الصغيرة كالشتل الذى يراد للنقل لاتتبع فى البيع عند الاطلاق، لأنها لاتراد للبقاء بل تراد للنقل، ومن ثم كان واضع بذرها فى الأرض وراعيها قبل البيع وهو بائع الأرض أولى بها لأنه غرسها

---

(١) تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩.

(٢) حاشية القليوبى على شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٣) والشجر النابت يشمل الصغير والكبير، والمثمر، وغيرالمثمر.

(٤) راجع نصوص هذه المذاهب بهامش المبحث الأول «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع».

لينتفع بنقلها إما ببيعها، وإما بغرسها فى مكان آخر يملكه يصلح لنموها فى المستقبل. وهذا أمر مشاهد وملموس فى القرى الزراعية بمصرنا.

أما الصغيرة التى لاتراد للنقل فانها تتبع وتكون للمشترى.

وقرائن الحال، وقول أهل الخبرة أمر له شأنه فى هذا. فمثلا نظام إعداد الشتلة معروف حيث تكون الأشجار الصغيرة كثيرة ومتقاربة وكل صنف فى بقعة من الأرض، وهذا بخلاف غيرها مما لايراد للنقل.

وأما الشجرة الكبيرة التى ليس من شأنها الاثمار فانها تتبع فى البيع عند الاطلاق لأنها رطبة وتراد للدوام للاستظلال بظلها، أو لكونها وقاية لما حولها من الأرض من الانهيار كما لو كان ممر المياه بجانبها مثلا ونحو ذلك من المنافع الدائمة غير الثمر كما هو ملاحظ فى مصرنا خاصة فى القرى الزراعية.

ومعلوم أن كل ماتقدم إن لم يكن شرط أو عرف يقضى بخلافه فان وجد عمل به.

وأما الأشجار الحادثة فى الأرض بعد البيع فانه يحكم بها للمشترى لأنها حدثت فى ملكه[1].

---

(١) تتمية الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٨ . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١١ ، ٢١٢.

المبحث الثالث

✗ ص ٣٤٢

حكم الشجر الذى يقطع من وجه الأرض مرة بعد أخرى وشجر الموز

أقول: هذه المسألة نبه عليها الأذرعى من الشافعية قائلا: أنه مما يغفل عنه.

قال الأذرعى: يجب أن يستثنى من دخول الشجر بجملته ما إذا كان يقطع من وجه الأرض مرة بعد أخرى كالحور[1]، ويكون هذا من قسم مايجز من البقول مرة بعد أخرى ونحوها فيدخل أصله فى مطلق بيع الأرض، وما علا منه وارتفع عن وجه الأرض يكون للبائع، وقد صرحوا بذلك فى أغصان الخلاف التى تجز من وجه الأرض وهذا واضح وقد يغفل عنه. أ.هـ[2]. فالأذرعى يمنع من دخول نحو هذا الشجر بجملته أى بأصله وفروعه وأغصانه، وإنما الذى يدخل فى البيع منه هو أصله فقط قياسا على مايجز من بقول الزرع مرة بعد أخرى وعلى أغصان الخلاف.

---

(١) الحور بالحاء والراء المهملتين وبفتح الواو: نبت. ولقد بحثت فى بعض المعاجم اللغوية عن ماهية هذا الشجر فلم أعثر على شئ إلا أنه نبت. ولعله شجر ينبت بالشام فى موضع يقال له «حوران» بفتح الحاء. جاء فى لسان العرب، جـ٤، ص ٢٢٠ ومايليها: الحور بفتح الواو: نبت . وحوران بالفتح: موضوع بالشام وكل شئ خلص لونه فهو حوارى. والحور: الجلود البيض الرقاق. وقيل: الحور. الأديم المصبوغ بحمرة. وقال أبو حنيفة: هى الجلود الحمر التى ليست بقرظية، والجمع أحوار. أ.هـ.
وفى مختار الصحاح، ص ٩١: (ح و ر) «حوران بالفتح وسكون الواو موضع بالشام» أ.هـ. أو هو شجر يحور لونه فمن معانى المادة «شدة البياض» . وتحوير الثياب تبييضها، وقيل لأصحاب عيسى عليه السلام: «حواريون» لأنهم كانوا يحورون الثياب أى يبيضونها «والحوارى» بالضم وتشديد الواو مقصور هو ماحور من الطعام أى بيض، وهذا دقيق حوارى. مختار الصحاح، ص ٩١ . المصابح المنير، جـ١، ص ١٥٥ ، ١٥٦ «حور».

(٢) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٦ . وسيأتى حكم مايجز من البقول مرة بعد أخرى عند الكلام عن مدى تبعية الزرع للأرض فى البيع.

وصرح القليوبى بدخوله جملة على المعتمد قال: «يدخل شجر موز أو نيلة أو مما تؤخذ أغصانه مرارا كالحور على المعتمد»[١]. وبهذا يكون دخول أصل الحور ونحوه محل اتفاق، أما الفروع والأغصان فهى محل خلاف والمعتمد دخولها فى البيع.

أما شجر الموز فقد صرح القليوبى بدخوله جملة أى بفراخه على المعتمد كما فى نصه السابق. وفصل الماوردى فقال: أماالموز فأصله لايحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل فى العام المقبل فاذا كان كذلك فالأصل الموجود وقت العقد لايدخل فى البيع كالزرع لأنه لايبقى بعد سنته، والفرخ الذى يستخلف كالشجر يدخل فى البيع[٢]. والحنفية كالشافعية فى الخلاف.

فقد اختلف الحنفية فى الحور ونحوه، وفى قوائم الخلاف هل تدخل فى البيع عند الاطلاق؟

أما الحور ونحوه فمن قاسه على القصب فقد منع دخوله كالطرسوسى ومن فرق كابن وهبان قال بدخوله. وهو ظاهر ابن عابدين حيث قال: «ولايخفى أن الحور ليس لقطعه نهاية معلومة».

والصحيح فى قوائم الخلاف أنها لاتدخل.

هذا، وقد ذكر ابن عابدين ماتقدم ثم اتبعه بالحاصل فى الشجر لمذهب الحنفية فقال: «فى الواقعات صرح بأن القصب لايدخل بلاشرط لأنه مما يقطع فكان بمنزلة الثمرة، وأخذ الطرسوسى من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه مما يقطع فى أوقات معروفة لايدخل. ونازعة تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع فى كل سنة فكان كالثمرة بخلاف خشب الحور فلا وجه للالحاق».

---

(٣) حاشية قليوبى على شرح جلال الدين المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.
(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢١.

ثم استدرك على الواقعات فقال: «لكن فى الواقعات أيضا: لو فيها أشجار تقطع كل ثلاث سنين فلو تقطع من الأصل تدخل ولو من وجه الأرض فلا لأنها بمنزلة الثمرة.

قال ابن الشحنة: فيه اشارة إلى أن العلة كونه يباع شجرا بأصله فلا يكون كالثمرة بخلاف المقطوع من وجه الأرض مع بقاء أصله لأنه كالثمرة. أ.هـ».

ثم يذكر الحاصل فيقول: «قلت: والحاصل أن الشجر الموضوع للقرار، وهو الذى يقصد للثمر يدخل إلا إذا يبس وصار حطبا كما مر. أما غير المثمر المعد للقطع فان لم يكن له نهاية معلومة فلا يدخل أيضا بخلاف ما أعد للقطع فى زمن خاص كأيام الربيع أو فى كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور[1]، ولايخفى أن الحور -بالمهملتين- ليس لقطعه نهاية معلومة. والله سبحانه وتعالى أعلم».

ثم يذكر ابن عابدين المنقول عن الخانية فى الخلاف ونحوه فيقول: «واعلم انه نقل فى البحر وكذا فى شرح الوهبانية عن الخانية: أنه لو باع أرضا فيها رطبة أو زعفران، أو خلاف يقلع فى كل ثلاث سنسن أو رياحين أو بقول. قال الفضلى: ما على وجه الأرض بمنزلة الثمر لايدخل بلا شرط، ومافى الأرض من أصولها يدخل لأن اصولها للبقاء بمنزلة البناء. وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت يدخل أصوله، لاما على وجه الأرض، واختلفوا فى قوائم الخلاف والصحيح أنها لاتدخل. أ.هـ.».

وفى شرح الوهبانية أن هذا التفصيل انسب لمقتضى قواعدهم[2].

---

(١) يعنى فى الواقعات السابق.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٧.

المبحث الرابع

حكم ثمار الأشجار التى بيع أرضها
وحكم أوراقها ونحوهما

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: حكم الثمر الذى على رؤوس الشجر، وحكم الأوراق ونحوهما عند الاطلاق فى البيع.

المطلب الثانى: حكم الثمار على رؤوس الأشجار عند ذكر الحقوق والمرافق، وحكم الثمر المجذوذ.

المطلب الثالث: مدى تأثير اختلاط ثمرة المشترى بثمرة البائع على صحة البيع.

المطلب الأول

حكم الثمر الذى على رؤوس الأشجار،
وحكم الأوراق ونحوهما عند الاطلاق فى البيع

إذا بيعت الأرض وبها أشجار على رؤوسها ثمار، فان حكم هذه الثمار، وكذلك الأوراق والأغصان هو نفس الحكم فيما لو بيعت الشجرة مستقلة عن الأرض وبها ثمر نسقا بنسق اتفاقا واختلافا، وقد تقدم تفصيل ذلك فى الباب الأول «مدى تبعية الثمرة لشجرتها المبيعة» ولم يخالف أحد مذهبه فى هذاالصدد إلا ابن عتاب من المالكية وسنذكره هنا.

وجملة ماقاله الفقهاء فى هذه المسألة الآتى:

يرى الحنفية أن الثمار التى على رؤوس الأشجار المبيعة أرضها لاتدخل فى البيع إلا بالشرط، فان شرطها المشترى كانت له أبرت أم لم تؤبر،

ظهر ثمر غير النخل أم لم يظهر. فان لم يشترطها كانت للبائع، والأوراق كالثمار أى بمنزلة الثمار. وقالوا: ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى لنفسه فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن، وللمشترى الخيار فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة بخلاف مالو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع. قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولاخيار له(١).

وحجتهم أن اتصال الثمرة ليس اتصال قرار فصارت كالمتاع فى الدار(٢).

وقال الجمهور: ما أبر فى النخل للبائع، ومالم يؤبر للمشترى، وما ظهر وبدا فى غير النخل للبائع، ومالم يظهر للمشترى، عملا بحديث رسول

---

(١) يقول ابن الهمام بعد ذكره دخول الشجر فى بيع الأرض: «ولايدخل الثمر الذى على رؤوس الأشجار إلا بالشرط، وما كان من الأوراق، وأوراق الفرصاد، والتوت لأنه بمنزلة الثمر، ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبى حنيفة بخلاف مالو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع. قال أبو حنيفة: تلزمه الشاه بخمسة ولاخيار له والفرق غير خاف».

أنظر شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ . وفى الاختيار، جـ٢، ص ٥: «ولو شرطها أى الثمرة دخلت فى البيع عملا بالشرط. قال عليه الصلاة والسلام: ومن اشترى نخلا أو شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع» فلم يذكر التأبير وغيره بل مطلق عن التقييد بوصف.

وفى البدائع، جـ٥، ص ١٦٤: «فان كان المبيع أرضا ولم يذكر شيئا من القرائن دخل مافيها من الأبنية والأشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء. وقال مالك: ثمار سائر الأشجار كذلك وكذلك ثمر النخل إذا أبر. فأما إذا لم يؤبر يدخل».

وفى الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦: «ولايدخل الثمر فى بيع الشجر. أى ولو باع شجرا عليه ثمرا وكرما عليه عنب لايدخل الثمر إلا بقوله قليل وكثير فيها أو منها أو باشتراطه، قيد فى مسألتى الزرع والثمر مؤبرة كانت أو لا».

(٢) جاء فى الاختيار، جـ٢، ص ٥: «يدخل الشجر فى بيع الأرض ... بخلاف الزرع والثمر لأن اتصالهما ليس للقرار فصار كالمتاع. ولو شرطهما دخلا فى البيع عملا بالشرط» وانظر تبيين الحقائق وحاشية الشلبى، جـ٤، ص ١١.

الله - ﷺ-: «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

وهذا عند الجمهور إن لم يكن شرط من أحدهما فان كان شرط عمل به كأن يشترط البائع أن تكون غير المؤبرة له، أو يشترط المشترى أن تكون المؤبرة له. إلا فى قول الامام مالك أنه لايجوز شرط البائع، وهو قول للشافعية، وظاهر مذهب ابن حزم(١).

ولابن عتاب من المالكية رأى هنا يخالف مذهبه فهو يقول: المؤبر هنا للمشترى أيضا محتجا بأنه حيث تناولت الأرض الشجر وهو أصل الثمر المؤبر فتناولها للثمر أولى.

وأجيب عنه: بأنه ينبغى اتباع ماورد بالسنة. لكن العدوى لم يستحسن هذا الرد، لأن المتبادر من قوله - ﷺ- «من باع نخلا» أى استقلالا وصوب أكثرهم غير قول ابن عتاب(٢).

---

(١) راجع ذلك فى الباب الأول وسنذكر هنا بعض النصوص بالهامش التالى.

(٢) جاء عند المالكية: «وإذا كان على الشجر ثمر أبر فهو للبائع للسنة لخبر -من باع نخلا وفيها ثمر قد أبر فهو للبائع- وهو الصواب خلافا لابن عتاب» . «أى فانه يقول بأنه للمشترى محتجا بأنه حيث تناولت الأرض الشجر وهو أصل الثمر المؤبر فتتناوله بالأولى. وجوابه اتباع السنة أى ذلك الحديث. ولايحسن الرد على ابن عتاب لأن المتبادر من قوله - ﷺ- : -من باع نخلا- أى استقلالا». شرح الخرشى وحاشية العدوى. جـ٥، ص ١٨١.

ويقول الدسوقى فى حاشيته على الشرح، جـ٣، ص ١٧٠ ، ١٧١: «وإذا كان على الشجر الذى دخل تبعا للأرض ثمر مؤبر فهو للبائع للسنة خلافا لابن عتاب محتجا بأنه حيث تناولت الأرض الشجر وهو أصل الثمر المؤبر فتتناوله بالأولى. أما إن كان غير مؤبر فهو للمشترى اتفاقا».

وفى الشرح الصغير، جـ٤، ص ٣٠٣: «ولايتناول العقد على الشجر ثمرا مؤبرا أو ثمرا منعقدا من غير النخل، وسواء وقع البيع على الشجر فقط أو دخل ضمنا فى بيع الأرض ... إلا لشرط من المشترى فيكون له، وكذا العرف»

وانظر. القوانين الفقهية، ص ٢٢٥ . بداية المجتهد، جـ٢. ص ٢٨٥.

وعند الشافعية يقول الشيرازى: «وإن باع أرضا وفيها نبات غيرالشجر ... وما ظهر منه فهو للبائع، ومالم يظهر فهو للمشترى كالأشجار». المهذب. جـ١، ص ٢٨٠. (=)

أقول: وقول ابن عتاب فى نظرنا هو قول حسن نميل إليه لوجاهة ملحظه.

أما الأوراق ونحوها فحكمها عند الجمهور هو نفس الحكم السابق فى بيع الشجرة مستقلة عن الأرض اتفاقا واختلافا[1].

(=) وانظر تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٤٠. روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦.
وفى الأسنى، حـ٢، ص ٩٧: «والثمرة الظاهرة للبائع فلا تدخل فى البيع بخلاف الكامنة لكونها كجزء من الشجرة فدخلت معها فى بيع الأرض».
وفى الأم، جـ٣، ص ٤٤، ٤٥ مجلد/٢: «وإذا باع رجل رجلا أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز ورانج، وغيره مما دونه قشر يواريه بكل حال فهو كما وصفت من الثمر البادى الذى لاقشر له يواريه إذا ظهرت ثمرته فالثمرة للبائع إلاأن يشترطها المبتاع، وذلك إن قشر هذا لاينشق عما فى أجوافه وصلاحه فى بقائه إلاأن صنفا من الرمان ينشق منه الشئ فيكون أنقص على مالكه لأن الأصلح له أن لاينشق لأنه أبقى له، والقول فيه كالقول فى ثمر الشجر غير النخل من العنب والأترج وغيره لايخالفه. والقول فى تركه إلى بلوغه كالقول فيها، وفى ثمر النخل لايعجل مالكه عن بلوغ صلاحه ولايترك، وإن كان ذلك خيرا لمالكه إذا بلغ أن يقطف مثلها أو يلقط. والقول فى شئ إذا كان يزيد فيها كالقول فى التين لايختلف وكذلك فى ثمر كل شجر. وهكذا القول فى الباذنجان وغيره من الشجر الذى يثبت أصله وعلامة الأصل وذلك مثل القثاء والخربز والكرسف وغيره، وما كان انما ثمرته مرة فمثل الزرع ...»
ويقول الماوردى: «اذا ابتاع أرضا ذات نخل مثمرا أو ابتاع نخلا فالحكم فيهما سواء» الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٢.
وعند الحنابلة فى معرض الكلام عن الزرع الذى تتكرر ثمرته كالقثاء والخيار، وقياسه على الشجر. يقول البهوتى: «... فالأصول من جميع ذلك للمشترى لأن ذلك يراد للبقاء أشبه الشجر، وكذا أوراقه وغصونه فهو كورق الشجر وأغصانه للمشترى لأنه من أجزائه والجزة -بالكسر اسم لما تهيأ للجز، وبالفتح المرة- واللقطة الظاهرتان والزهر الظاهر منه وهو الذى تفتح للبائع ونحوه لأنه يجنى مع بقاء أصله أشبه ثمر الشجر المؤبر. إلا أن يشترط المبتاع ونحوه فيكون له عملا بالشرط». كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧.
وفى هذا يقول ابنا قدامة فى المغنى، جـ٤، ص ٢١٤. والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤: «... وكذلك أوراقه وغصونه للمشترى فهو كورق الشجر وأغصانه. وأما زهرته فان كانت قد تفتحت فهى للبائع وإلا فهى للمشترى على ماذكرناه فيما مضى -أى فى بيع الشجر-».

(١) راجع الباب الأول.

٣٤٥٠٠ س- هل تدخل الثمار في بيع الشجرة بذكر الحقوق والمرافق؟ وما حكم الثمر المجذوذ؟ ناقش ذلك في ضوء ما قاله الفقهاء مع الترجيح.

المطلب الثاني

حكم الثمار على رؤوس الأشجار عند ذكر الحقوق والمرافق وحكم الثمر المجذوذ

أكثر من تعرض لهذه المسألة هم الحنفية[١]، فقالوا: لايدخل الثمر فى

---

(١) جاء فى شرح العناية على الهداية، جـ٥، ص ٤٨٨: «إعلم أن الألفاظ فى بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة. الأول: أن يقول: بعت الأرض أو الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك. والثانى: بعت بحقوقها ومرافقها. والثالث: بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوق أو من مرافقها. والرابع: بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها. وفى الثانى والثالث لايدخل الزرع والثمر لأن الحق فى العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب. والمرافق مايرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء. والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان. وفى الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا إذا كان فى الأرض أو على الشجر».

ويقول ابن الهمام فى شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٨: «إذا باع أرضا وفيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال: بعتها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لايدخل الزرع والثمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق، وكذا لو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها من حقوقها أو من مرافقها لم يدخلا أيضا لما ذكرنا بعينه. ولو كان قد اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها، أو على قوله بكل قليل فيها أو منها دخلا. هذا فى المتصل بالأرض والشجر».

وفى تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١: «ولايدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منه. ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو لها أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرافقها لايدخلان لما ذكرنا، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه لأنهما من الذى له فيها أو منها للاتصال فى الحال بخلاف المجذوذ والمحصود».

وفى الكفاية على الهداية، جـ٥، ص ٤٨٨: «الثمر والزرع ليسا من الحقوق والمرافق لأن الحق يذكر لما هو تابع للمبيع ولابد للمبيع منه ولايقصد إليه إلا لأجل المبيع كالشرب والطريق. والمرافق لما يرتفق به أى ينتفع به ويختص بما هو من التوابع كالمتوضأ، والمطبخ، ومسيل الماء».

وانظر مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦ وفى البدائع، جـ٥، ص ١٦٤: «وجملة الكلام فى بيع العقار أن المبيع لايخلو من أن يكون أرضا أو كرما أو دارا أو منزلا أو بيتا وكل ذلك لايخلو إما أن لم يذكر فى بيعه الحقوق ولاالمرافق ولاذكر كل قليل وكثير منها، وإما ان ذكر شيئا من ذلك. فان كان المبيع أرضا ولم يذكر شيئا من القرائن دخل مافيها من الأبنية والأشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء ... وان ذكر شيئا من القرائن فان ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص(=).

البيع بذكر الحقوق والمرافق. واحتجوا بالآتي:

١- أن الثمر ليس من الحقوق والمرافق.

٢- أن الحق في العـادة يذكـر لما هو تبع لابد للمـبـيع منه كـالطريق

(=) الذي يكون في ملك انسان وهو حق المرور في ملكه ولايدخل الزرع والثمر لأنها أعيان قائمة بنفسها فلايتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانهاعبارة عن حق الشرب والسقي والتسييل والمرور فيتناولها الاسم . وان ذكر القليل والكثير بأن قال: بعتها منك بكل قليل وكثير وهو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر؟ ينظر ان قال في آخره: من حقوقها فلا يدخلان لأن قوله من حقوقها خرج تفسيرا لأول الكلام فكأنه نص على البيع بحقوقها ، وإن لم يقل في آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر وكل ما كان متصلا به لأن اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك».

قاعدة:

ومما سبق يعلم أن عكس الثمار والزرع في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لايدخل فيه الطريق والشرب، وكل موضع لايدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق، لأن الشرب والطريق ليس منها ولافيها لكنهما من حقوقها ، والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتعاكسا. أنظر تبيين الحقائق، جـ٤ ، ص١١، ١٢.

قال الوالوالجي في فتاواة: رجل اشترى أرضا أو دارا لايدخل الشرب والطريق إلا بذكر الحقوق لأنهما من الحقوق فلا يدخلان إلا بذكر الحقوق، وكذا في الاقرار والوصية، والصلح وغيره، ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة، وقال في خلاصة الفتاوى: وإذا لم يدخل في البيع قال في المنتقى: للمشترى أن يرد ، ويقول: ظننت أن لي مفتحا إلى الطريق الأعظم. وفيهما: رجل باع دارا وكان لها طريق قد سده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها بحقوقها لايكون له الطريق الأول وله الطريق الثاني، أنظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.

الفرق بين البيع والاجارة في الشرب والمسيل والطريق:

الشرب والمسيل والطريق كلها تدخل في الاجارة دون البيع إلا بذكر الحقوق كما تقدم قال الكاساني: «فرق بين البيع والاجارة . إن الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك إنسان يدخل في الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق، وفي البيع لايدخل بدونه، والقياس أن لايدخل في البابين جميعا إلا بالتسمية، إلا أنهم استحسنوا في الاجارة دخولها لأن الاجارة تعقد للانتفاع بالمستأجر ولايمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر دلالة بخلاف البيع فانه يعقد للملك، والانتفاع ليس من ضرورات الملك فانه يثبت الملك فيما لاينتفع به». بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٥.

والشرب، والمرافق مايرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء، والثمر ليس كذلك فلايدخل.

٣- أن الثمر أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق كما سبق فانها عبارة عن حق الشرب والسقى والتسييل والمرور فيتناولها الأسم.

أما إن قال بعت بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها فان الثمر يدخل لعموم اللفظ، فان اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك. أما إن قال فى آخره: من حقوقها بأن قال: بعتها منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها أو من مرافقها فلا يدخل الثمر لأن قوله: من حقوقها خرج تفسيرا لأول الكلام فكأنه نص على البيع بحقوقها. هذا عن حكم الثمر المتصل بالشجر المبيعة أرضه مع ذكر الحقوق والمرافق.

أما الثمر المجذوذ(١) أى المقطوع فانه لايدخل فى البيع إلا بالتنصيص عليه. لأنه بمنزلة المتاع فى الدار(٢).

---

(١) المجذوذ. بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى واحد. أى المقطوع، فالجذ هو القطع.

(٢) يقول الزيلعى: «والثمر المجذوذ لايدخل إلا بالتنصيص عليه للأنفصال فى الحال» تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.

ويقول الكاسانى بعد ذكره لحكم الثمر المتصل الذى بينا حكمه: «وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة فلا يدخل في البيع إلا بالتسمية» بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤، ١٦٥.

وفى شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٨: «أما الثمر المجذوذ فلايدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها مالم ينص عليه».

وفى الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٨: «وأما إذا كان الثمر مجذوذا فهو بمنزلة المتاع لايدخل إلا بالتصريح به». وانظر مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦.

وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٣، ٢١٤: «أما ماكان فى الأرض من شجر مقطوع ... وثمر ملقوط ... فكل ذلك للبائع لايدخل فى البيع إلا بالشرط».

المطلب الثالث

لا ص ص ٣٤٩

مدى تأثير اختلاط ثمرة المشترى بثمرة البائع على صحة البيع

نبدأ هذه المسألة بقول الماوردى: «رجل باع أرضا ذات شجر مثمر أو باع الشجر وحده وفيه ثمر فحكم بالثمر للبائع لأجل التأبير، وبالشجر مع الأرض للمشترى فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتناول البائع ثمرته. فان كانت الحادثة تتميز عن الأولى بصغر أو بلون أو بنضج كانت الأولى للبائع والحادثة للمشترى والبيع على حاله. وإن كانت الحادثة لاتتميز عن الأولى نقل المزنى فى البيع قولان. فاختلف أصحابنا ...»[١].

أقول: هكذا نفهم وحدة الحكم عند اختلاط الثمرتين وفاقا وخلافا فى الحالتين أعنى حالة بيع الشجرة وحدها مثمرة، وحالة بيع الأرض بها شجر مثمر.

وصورة المسألة تكون فى ثمر غير النخيل من الشجر الذى يتتابع ظهور ثمره كالتين والجميز، فهذا النوع يثمر أكثر من مرة فى السنة ويغلب تلاحق ثمرته[٢].

فاذا بيعت أرض بها شجر مثمر من هذا النوع فان الثمرة تكون للبائع كما هو عند الحنفية ومن وافقهم وذلك عند الاطلاق فى البيع. وعند الجمهور تكون له إذا كانت مؤبرة وقت البيع، فان لم تكن مؤبرة واشترطها أو جرى به عرف كانت له أيضا. ويدخل الشجر فى البيع بشرط أو عرف أو تصريح

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٧ . وانظر تتمة الابانة، حـ٤، ورقة ١٥٧ . الأم، جـ٣، ص ٤٤ - ٤٦، مجلد/٢ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٢ ، ٢١٣ . الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٤٢ وما يليها . الانصاف، جـ٥، ص ٧٢ ، ٧٣ . كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٤.

(٢) المصادر السابقة. وروضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ . حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٥١ . المهذب جـ١، ص ٢٨٢ . مختصر المزنى، ص ٧٩.

لاخلاف فى ذلك، ويدخل عند الاطلاق فى البيع عند الأكثر وهو الصحيح. وقد ذهب الجمهور إلى الزام مشترى الأرض وبها هذا الشجر بتبقية ثمرة البائع على شجرته إلى أوان الجذاذ[١]، فاذا لم يأخذ البائع ثمرته حتى حدثت ثمرة جديدة، فان هذه الثمرة الحادثة تكون للمشترى عند أكثر هؤلاء الفقهاء وهو الراجح[٢]، وهنا تختلط الثمرتان. فان تميزتا عن بعضهما بصغر، أو لون، أو نضج فالبيع صحيح ولكل ثمرته.

أما إن تعذر التمييز بينهما فهنا حدث الخلاف فى صحة البيع عند من تناول هذه المسألة وهم الشافعية والحنابلة. وسنوجز الكلام هنا حيث قد تناولنا المسألة بالتفصيل فى موضع سابق[٣]، وانتهينا على أن الخلاف على قولين.

القول الأول: البيع باطل ويسترد المشترى الثمن وعليه رد المبيع إلى البائع وجميع الثمار حيث أن هذا الاختلاط أوقع جهالة فى البيع فأبطله.

القول الثانى: البيع صحيح لأن المبيع لم يتعذر تسليمه، فهو كما لو اشترى دارا فيها طعام للبائع وطعام للمشترى فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لايبطل فى الدار.

ثم ان أصحاب هذا القول اختلفوا فى فسخ البيع عند تعذر امضائه. فمنهم من قال: البيع لايفسخ قطعا وبه قال ابن خيران وأبو على الطبرى من الشافعية وصوبه الماوردى والبغوى، وهو أيضا ظاهر مذهب الحنابلة والصحيح وعليه أكثرهم. وحينئذ يقال للمتبايعين: اذا سمح أحدكمابترك حقه من الثمرة أقر العقد فان سامح البائع أجبر المشترى على القبول،

---

(١) تقدم تفصيل ذلك فى الفرع الأول من الفصل الخامس من الباب الأول.
(٢) تقدم تفصيل ذلك خاصة عند الحنابلة والشافعية فى الفصل الثالث من الباب الأول.
(٣) يراجع الفرع الرابع من الفصل الخامس من الباب الأول.

والعكس صحيح. وأقر العقد. وان استمر النزاع بينهما فان الشافعية صرحوا بأنه لافسخ أيضا والقول قول صاحب اليد فى قدر مايستحقه الآخر من الثمرة.

ومنهم من قال: أنه عند استمرار النزاع يفسخ البيع لتعذر امضائه بتعذر وصول كل واحد منهما إلى حقه. وبه قال أكثر الشافعية، وعليه القاضى من الحنابلة.

والراجح فى نظرنا صحة البيع وعدم الفسخ قطعا وقد بينا أسباب الترجيح فى موضع سابق[1]، فلا داعى لاعادة التفصيل هنا . والله أعلم بالصواب.

(١) راجع الموضع المذكور بالهامش السابق.

المبحث الخامس
الحكم إذا لم يكن الشجر فى الأرض المبيعة مملوكا للبائع. أو كان مشتركا

إذا كان الشجر الذى فى الأرض التى بيعت غير مملوك للبائع لم يدخل شئ منه فى البيع.

وإن كان مشتركا بينه وبين غيره دخل مايخصه فى البيع.

فإن كان الأرض وما فيها مشتركا دخل منه ما ساوى حصته من الأرض فأقل، فإن زاد عليها لم يدخل الزائد. قاله ابن حجر . وقال غيره: يدخل جميع مايخصه وإن زاد على قدر حصته من الأرض، واستظهره قليوبى(١)، وفى التحفة وحواشيها: أن بعضهم أفتى فى أرض مشتركة ولأحد الشركاء فيها نخل خاص به أو حصته فيه أكثر منها فيها فباع حصته من الأرض بأنه يدخل جميع الشجر فى الصورة الأولى، وحصته فى الصورة الثانية. وحجته أنه باع أرضا له فيها شجر.

ورد بأن الظاهر فيما زاد من النخل على قدر حصته من الأرض فى مسألتى الاختصاص والاشتراك، خلافه. وماعلل به لاينتج ماقاله لأن الشجر ليس فى أرضه وحده بل فى أرضه وأرض غيره فليدخل مافى أرضه فقط وهو مايخص حصته فى الأرض دون مازاد عليه مما فى حصة شريكة.

قال الشروانى: وينبغى أن يبقى ما زاد بلا أجرة إن كان بائعه كذلك.

وقا العبادى: إذا قلنا بهذا الظاهر وكان الشجر فى أحد جانبى الأرض وقاسم المشتري الشريك الآخر فخرج للمشتري الجانب الخالي عن الشجرفظاهر الكلام أن ذلك لايمنعه من ملكه مادخل فى البيع من الشجر. وهل يستحق إبقاء بلا أجرة إن كان بائعه كذلك؟ القياس أنه كذلك فيبقى بلا أجرة(٢).

(١) حاشية القليوبى على شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ، وحاشية العبادى، جـ٤، ص ٤٤٠.

س - اشترى أرضا فيها شجر، وشرط البائع لنفسه شجرة او استثنى لنفسه شجرة فهل يبقى له المغرس ؟

ناقش المسألة على ضوء أقوال الفقهاء، مع ذكر ثمرة الخلاف.

- ٣٥٠ - ٣٥١

المبحث السادس

حكم المغرس لو اشترى ارضا وشرط البائع او استثنى لنفسه شجرة . او استثنى المغرس

لو اشترى إنسان أرضا فيها شجر، وشرط بائع الأرض هذه لنفسه شجرة أو استثنى لنفسه شجرة فهل يبقى له المغرس أم لا ؟ وجهان عند الفقهاء:

أحدهما: لايبقى له المغرس لأن الاسم لايتناوله[١]. وهو الأصح عند الشافعية لكن يستحق الانتفاع به مابقيت الشجرة، فاذا انقلعت الشجرة أو قلعها مالكها فليس له غرس بدلها.

الثاني: يدخل المغرس في الشرط والاستثناء، ومن ثم فانه يبقى للبائع. ويترتب على هذا الوجه أنه إن انقلعت الشجرة، أو قلعها مالكها، وهو بائع الأرض كان له غرس بدلها، وله بيع المغرس[٢]. وإن باع شجرة واستثنى موضعها جاز.

(١) أي اسم الشجر لايتناول المغرس حتى يتبعه في الشرط أو الاستثناء.

(٢) جاء في الروضة، جـ٣، ص ٢٠٤: «ولو اشترى أرضا وشرط البائع لنفسه شجرة هل يبقى له المغرس أم لا؟ وجهان. أصحهما: لا. لأن الاسم لايتناوله، فان أدخلناه فانقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له غرس بدلها وله بيع المغرس، وإلا فلا».
وفي حاشية الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٥٤: «... ويجرى الخلاف فيما لو باع أرضا واستثنى لنفسه شجرة هل يبقى له مغرسها أو لا؟ وفيما إذا باع أرضا فيها ميت مدفون هل يبقى له مكان الدفن أو لا؟. والأصح منه أنه لايبقى المغرس ولامكان الميت لكن يستحق الانتفاع به مابقيت الشجرة أو شئ من أجزاء الميت غير عجب الذنب، ثم إن كان المشترى عالما بالميت فلاخيار له، وإلا فله الخيار».
وفي التتمة، جـ٤، ص ١٥٨: «لو باع الأرض وعليها أشجار فاستثنى الأشجار بقيت الأشجار على ماهي ولم يكلف القطع لأن الأشجار تراد للدوام، وهل تبقى مغارسها على ملكه فعلى وجهين، وأصل المسألة: اذا اشترى شجرة هل يتبعها المغرس أم لا وقد ذكرناه». وقد فصلنا القول في مغرس الشجرة مقارنا بين المذاهب في المبحث الرابع من الفصل الرابع بالباب الأول. فليراجع.

يقول أطفيش: «وإن باع دارا واستثنى بقعتها، أو شجرة واستثنى موضعها، أو بابا واستثنى مساميره جاز ... قال: بعت لك .... أو الشجرة وغصونها ونحو ذلك مما يباع فباعه وخصص بعضا منه بالذكر لم يجز، وقيل: جائز»[١].

(١) شرح النيل. جـ٨، ص ١٦١.

المبحث السابع × حتى ص ٣٦١

مدى تبعية الشجر للأرض
فى بيع البستان

البستان فى اللغة على وزن فعلان: هو الجنة. قال الفراء: عربى. وقال بعضهم: رومى معرب. والجمع البساتين(١). ولم أر خلافا بين الفقهاء فى تبعية الشجر للأرض فى بيع البستان(٢)، وإنما الخلاف قد يوجد فيما عداه. وسنذكره مزيدا للفائدة.

فعند الحنفية: «إن كان المبيع كرما(٣) دخل فى بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة. ولاتدخل الفواكه والبقول» فالفواكه والبقول لاتدخل فى بيع البستان عندهم. لأن الأصل عند الحنفية: «أن كل مركب فى الأرض يدخل، ومالم يركب فيها أو ركب لاللبقاء بل لوقت معلوم لايدخل»(٤).

وفى الدر: «وفى القنية: اشترى كرما تدخل الوثائل المشدودة على

---

(١) المصباح المنير، جـ١، ص ٤٨ (كتاب الباء). والباغ بمعنى البستان وهوأعجمى وفى معناه أيضا الكرم والحديقة والجنينة. أسنى المطالب، ج٢، ص ٩٩ . روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٠ . الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٤٧.

(٢) أنظر للحنفية بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ . وللمالكية: الخرشى والعدوى، جـ٥، ص١٨٠ ، ١٨١ . الدسوقى والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٠٧ ، ١٧١ . جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ . وللشافعية: روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٠ . تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٤٧ . شرح المحلى وحواشيه، جـ٢ ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ . أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ٩٩ . وللحنابلة: الانصاف، جـ٥، ص ٥٦ . كشاف القناع، جـ٣، ص٢٧٥ ، ٢٧٦ . الروض المربع والعنقرى، جـ٢، ص ١٢٥ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . الشرح، جـ٤، ص ٢٠٣ . وللظاهرية: المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨ مسألة ١٥٩٣ . وللاباضية: شرح النيل، جـ٨، ص ٣٦٤ ، ٣٦٥.

(٣) الكرم وزان فلس: العنب. المصباح المنير، جـ٢، ص ٥٣١ (كتاب الكاف).

(٤) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤.

الأوتاد المنصوبة فى الأرض بلا ذكر، وكذا الأعمدة المدفونة فى الأرض التى عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل وغزة بركائز الكرم، وهى واقعة الفتوى »(١).

وعند **الشافعية**: إذا قال: بعتك هذا الباغ -بالغين المعجمة، وهو أعجمى بمعنى البستان- أو البستان أو الكرم أو الحديقة أو الجنينة. دخل فى بيع كل منها الأرض والأشجار والحائط المحيط به لدخولها فى مسماه حتى قال الرافعى فى صلاة المسافر وأبو الطيب هنا: أنه لايسمى بدون الحيطان بستانا.

وهل يدخل بناء فيه، وعريش قضبانه، أى عريش توضع عليه قضبان العنب؟

خلاف فى البناء، والمذهب دخوله لثباته، وفى العريش تردد لأبى محمد، والظاهر عند الامام دخوله وبه صرح الرافعى فى الشرح الصغير وكذا الغزالى وابن الرفعة.

قال النووى فى الروضة: وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان لكن العادة فى نواحينا إخراج الحائط عن مسمى الكرم، وإدخاله فى مسمى

---

(١) الدر المنتقى على مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.
وعبارة الدر: «في القنية: شرى كرما دخل الرثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة فى الأرض وكذا الأعمدة المدفونة فى الأرض التى عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بركائزالكرم».
قال ابن عابدين: قال فى المنح: تقييده بالمدفونة يفيد أن الملقاة على الأرض لاتدخل لأنها بمنزلة الحطب الموضوع فى الكرم. وصارت المسألة واقعة الفتوى. فيفتى بالدخول فى المبيع إن كانت مدفونة وهى المسماة فى ديارنا ببرابيز الكرم. ا.هـ. حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار، جـ٤، ص ٣٧.
وفى الذخيرة: «أن العرائش والأشجار تدخل لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد ....» المصدر السابق.

البستان ولكن لايبعد أن يكون الحكم على مااستمر الاصطلاح عليه.

ولو قال: هذه الدار البستان دخلت الأبنية والأشجار جميعا. ولو قال: هذا الحائط البستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط أو المحوط وما فيه من شجر، وفى البناء الخلاف السابق كما فى التهذيب. قال النووى فى الروضة: ولايظهر فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا، أو ليكونا على الخلاف[١].

وفى شرح المحلى: «ويدخل فى بيع[٢] البستان[٣] بقوله: بعتك هذا البستان. الأرض والشجر والحيطان[٤] لأنه لايسمى بستانا بدون ذلك، وكذا البناء الذى فيه يدخل على المذهب وقيل: لايدخل. وقيل: فى دخوله قولان وهى الطريقة المتقدمة فى دخوله فى بيع الأرض»[٥].

وفى التحفة: «ويدخل فى بيع البستان[٦] الأرض والشجروالعرش[٧] وماله أصل ثابت من الزرع لانحو غصن يابس وغصن خلاف وشجر وعروق

---

(١) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٠. أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٩. ومعه حاشية الشبراملسى. البيان، جـ٣، ورقة ٦٧.

(٢) والهبة مثل البيع. وكذا الرهن هنا على المعتمد إلا فى الأبنية فيه فلا تدخل عند الزيادى، ويدخلها غيره.

(٣) ولفظ البستان فارسى معرب ومثله الباغ بموحدة فمعجمة بينهما ألف فى لغة فارس أيضا، وكذا الحائط فى لغة العرب، وكذا الجنينة والحديقة والكرم كما قاله الخطيب.

(٤) أى وإن هدمت وتدخل عريشة نحو عنب وفى ماء البئر خلاف. أنظر فيما سبق قليوبى على المحلى، جـ٢، ص ٢٢٨.

(٥) شرح المحلى السابق.

(٦) قد يخرج الرهن وهو ممنوع فان الحق وفاقا لم أر أنه يدخل فى رهن البستان والقرية مافيهما من بناء وشجر خلافا لما يوهمه كلام شرح البهجة.

(٧) التى أعدت لوضع قضبان العنب عليها وإن لم توضع عليها بالفعل وفى الشبراملسى على الأسنى: يسمى فى بلاد مصر بالمكعب. وأقول: ويطلق عليها البعض فى هذه البلاد: التكعيبة.

يابسين(١). وتدخل الحيطان لدخولها فى مسماه(٢) وكذا الجدار المستهدم لامكان البناء عليه(٣) وكذا البناء الذى فيه(٤) يدخل على المذهب لثباته»(٥).

وفى الروضة: «فاذا قال: بعتك هذا الباغ أو البستان دخل فى البيع الأرض والأشجار والحائط. وفى دخول البناء الذى فيه ماسبق فى دخوله فى لفظ الأرض. وفى العريش الذى توضع عليه القضبان تردد للشيخ أبى حامد، والظاهر عند الامام دخوله»(٦).

وفى التتمة: «إذا قال بعتك هذا البستان دخل فيه الحيطان والأشجار والأرض لأن اسم البستان لايطلق فى العادة على أرض ليس فيها أشجار ولالها حائط، فأما إن كان فيها بناء فالحكم ماذكرنا فى المسألة قبلها لأن اسم البستان لايدل على البناء. فأما إذا قال: بعتك هذا المحوط يدخل فى البيع الحيطان الدائرة بها والأرض إن كان فيها بناء أو غراس فالحكم على ماذكرنا. وإذا باع بستانا أو دارا وبجنب المبيع نهر وعلى طرق النهر أشجار فان كان ذلك فى طريق نافذ فلا يدخل فى العقد إلا بالتنصيص لأن تلك الأشجار ليست من حقوق البقعة، فان الطريق حق جميع المسلمين، وإن كان فى طريق غير نافذ فان أطلق العقد لم يدخل لأنها خارجة عن حد الأرض وإن

(١) مراده دخول الأصول من الزرع الذى يجز مرة بعد أخرى لادخول نفس الزرع المذكور. فالجزة الظاهرة لاتدخل.

(٢) والمنفصل عنها إذا توقف عليها نفع المتصل كمفتاح الغلق وصندوق الطاحون وآلات الساقية يدخل فى كل من القرية والدار والبستان وإن لم يكن من مسماه.

(٣) ولاتدخل المزارع التى حول البستان.

(٤) ويدخل فى بيعه أيضا الآبار والسواقى المثبتة عليها بخلاف البئر لايدخل فيها ساقيتها وهو الخشب والآلات وان ثبت وثبتت. أنظر فيما سبق الشروانى والعبادى، جـ٤، ص٤٤٧. حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٩.

(٥) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٧.

(٦) روضة الطالبين، جـ٣، ص ٢٠٠.

قال بحقوقها دخلت فيه لأن تلك البقعة وما فيها من جملة حقوق تلك البقعة[1].

أقول: فمن هذا النص يظهر أن الأشجار التى على طريق النهر الذى بجنب البستان المبيع أو الدار المبيعة فيها تفصيل. فاذا كان الطريق نافذا فلاتدخل هذه الأشجار إلا بالتنصيص على الدخول لأن هذه الأشجار ليست من حقوق البستان أو الدار حيث أن الطريق من حقوق جميع المسلمين. وإن كان الطريق غير نافذ فانها لاتدخل عند الاطلاق فى البيع لأنها خارجة عن حد الأرض، وتدخل إن قال بحقوقها لكونها من حقوقها.

وقد لخص الشبراملسى مايدخل ومالا يدخل فى بيع البستان فقال: «لايدخل فى بيعه كل مالايدخل فى بيع الشجرة وما دخل فى بيعها دخل فى

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٨ . وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٤: «فأما إذا قال: بعتك هذا البستان فالبيع متوجه إلى الأرض ويدخل فى البيع الشجر والغراس والنخل وكل ماله من البنات أصل لايختلف فيه المذهب. بخلاف قوله: بعتك هذه الأرض، لأن اسم البستان لاينطلق على الأرض البيضاء، حتى تكون ذات نخل وشجر. فلو كان فى البستان بناء، كان كقوله: بعتك هذه الدار على ماذكرناه من اختلاف المذهب لأن البستان قد يخلو من البناء فينطلق عليه الاسم، ولايخلو من الشجروالبناء، فينطلق عليه الاسم».
والشجر يدخل فى بيع القرية. ففى التتمة، جـ٤، ورقة ١٥٨: «إذا قال بعتك هذه القرية دخل فى العقد السور والحصن الداير عليها لأن القرية اسم للبيوت المجتمعة ولايدخل فى العقد المزارع التى لها لأن الاسم لايتناولها، وإن كان فى وسط الحصن أشجار فالحكم على ماذكرنا فى المسألة الأولى».
وعن شجر الدار المبيعة يقول صاحب التتمة: «فرع. لوقال بعتك الدار بحقوقها يدخل فى البيع الأشجار التى فى وسطها ولكن المزارع لاتدخل لأنها ليست من حقوق القرية» التتمة السابق.
وعن شجر القرية يقول الماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٤: «وإن قال: بعتك هذه القرية دخل فى البيع سواد القرية كله من البناء والمساكن والدكاكين والحمامات وما فى خلال المساكن من النخل والشجر، ولايدخل فى البيع مزارعها ولاأرضها ولابساتينها وانما يدخل فى الأرض ما اختلط بنيانها ومساكنها وما كان من أفنية المساكن وحقوقها دون غيره».

بيعه. ولو شرط دخول مالايدخل عند الاطلاق دخل أو خروج مايدخل خرج»[١].

ودخول الأرض فى بيع البستان مشروط بما إذا كانت مملوكة للبائع[٢].

وعند الحنابلة: يدخل فى بيع البستان الشجر والأرض والبناء والنخل والكرم وعريشه الذى يحمله. هذا كله إن قال بحقوقه. فان لم يقل بحقوقه أى أطلق بأن قال: بعتك هذا البستان دخل الكل فى البيع باتفاق إلا البناء الذى هو غير الحائط ففيه وجهان أظهرهما الدخول وهى طريقة فى المذهب لأن مادخل فيه الشجر دخل فيه البناء[٣]. ومذهب الحنابلة يكاد يتفق مع الشافعية اتفاقا وخلافا.

وعند الاباضية: يدخل فى بيع البستان والجنان والفدان مافيها من شجر وبقل وساقية وماجل[٤] ونحوه، وحائط

(١) الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) جاء فى الانصاف، جـ٥، ص ٥٦: «لو باعه بستانا بحقوقه دخل البناء والأرض والشجر والنخل والكرم وعريشه الذى يحمله. وإن لم يقل بحقوقه ففى دخول البناء -غير الحائط- الوجهان المتقدمان فى بيع الأرض حكما ومذهبا .وقال فى الرعاية: وفيما فيه من بناء غير الحيطان وجهان، وظاهره أنه سواء. قال بحقوقه أو لا، وهى طريقة فى المذهب».
وفى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ : «وإن باع أرضا أو بستانا ... دخل أرض وغراس وبناء ولو لم يقل بحقوقها ... وفى مسألة البستان: لأنه إسم للأرض والشجروالحائط بدليل أن الأرض المكشوفة لاتسمى به».
وفى الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٥: «وكذا إن باع ونحوه -أى نحو البيع من العقود- بستانا لأنه اسم للأرض والشجر والحائط» أى اسم المجموع هو ماذكر بدليل أن الأرض التى هى صفر لاتسمى بستانا» العنقرى على الروض السابق.
وفى المغنى، جـ٤، ص ٢١٥ . والشرح، جـ٤، ص ٢٠٣: «فان قال: بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط، ولذلك لاتسمى الأرض المكشوفة بستانا. قال ابن عقيل: ويدخل فيه البناء، لأن مادخل فيه الشجر دخل فيه البناء، ويحتمل أن لايدخل».

(٤) الماجل هو المعد لحبس ماء المطر. والجمع مواجل. وهو اصطلاح الاباضية المغاربة، (=)

وزرب[١] أي مـايحـاط بهـا صـونا لهـا، ولايدخل في ذلك بيت أو دار في الجنان والبستان لأنهما ليسا من مصالح الجنان والبستان ولاهما مما يشمله إسم الجنان والبستان. قال أطفيش بعد ذكره ماتقدم: هذا ماظهرلي.

وفي ديوان المشـايخ: إن باع له هذه الجنان أو هذا البسـتـان أو هذا الفدان فله الأشجار والحيطان والزرويات والماء الذي يسقيه.

ومنهم من يقول: الماء للبائع، وأما النبات والبقول والغصون التي فيه فهي للبائع أي لاتدخل.

ومنهم من يقول: ذلك كله للمشتري وكذلك نوبته من الماء. وكذلك إن باع له هذا الفدان وشربه من الماء أو حياته من الماء فله ذلك وطرقه وسواقيه. وقيل: لايجوز ذلك البيع. وإن كان الفدان إنما يسقى بماء المطر فليس للبائع أن يصرف عنه الماء الذي يسقيه قبل ذلك، وقيل: يصرف البائع ماءه حيث شاء، ماء المطر أو غيره إن كانت السواقي له[٢].

(=) وهو بمعنى الجب عند اباضية المشرق. والجب هو البئر التي لم تطو، وجمعها جباب وجبية. أما الصهاريج جمع صِهْريج. فهي الحياض يجتمع فيها الماء الحلو، وهي بعرف أهل مصر «فُسَّاق» يجعلونها تحت الأرض يملؤنها بالماء في زمن زيادة النيل على الجمال والحمير. أنظر حاشية أبو ستة على الايضاح للشماخي كتاب الشفعة. وكذلك شرح النيل أما الفدان فهو في اللغة بالتثقيل آلة الحرث، ويطلق على الثورين يحرث عليهما في قران، وجمعه «فدادين» وقد يخفف فيجمع على أفدنه، وفدن. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٦٥ (كتاب الفاء.ولعل الاباضية يستعملون هذه اللفظة في قطعة أرض لها هيئة معينة وطبيعة خاصة جرى عرفهم باطلاق هذه اللفظة عليها والمغاربة هم الذين يستعملونها.

(١) الزرب بفتح الزاي وسكون الراء حظيرة الغنم، والجمع زروب مثل فلس وفلوس. والزرب بكسر الزاي والزريبه مثله، والجمع زرائب مثل كريمة وكرائم. والزريبة قترة الصائد. والزرابي: الوسائد. المصباح المنير، جـ١، ص ٢٥٢ (كتاب الزاي).

(٢) شرح النيل، جـ٢، ص ٣٦٤ ، ٣٦٥.

أشجار البستان اليابسة:

الأشجار التى تدخل فى بيع البتسان هى الأشجار الرطبة الثابتة فى الأرض. وأما الأشجار اليابسة ففيها خلاف ذكرناه[١].

«ولايدخل فى بيع أرض أو بستان شجر مقطوع ومقلوع لأن اللفظ لايتناوله والتبعية انقطعت بانفصاله»[٢].

«ويدخل فى بيع البستان الأرض والشجر والعرش وماله أصل ثابت من الزرع لانحو غصن يابس...»[٣].

«ويدخل فى بيع البستان الأرض والشجر» أى الرطب[٤].

الاستثناء فى بيع البستان:

إذا استثنى البائع بعض أشجار البتسان، فان المستثنى لايدخل فى البيع، ومثله الشرط: «لايدخل فى بيعه كل مالا يدخل فى بيع الشجرة ومادخل فى بيعها دخل فى بيعه ولو شرط دخول مالايدخل عند الاطلاق دخل أو خروج مايدخل خرج»[٥].

«والمعلوم جائز الاستثناء كبيع بستان معين إلا شجرة معينة أو إلا شجرتين معينتين أو إلا أشجار معينة»[٦].

---

(١) راجع ماتقدم فى مدى تبعية الشجرة اليابسة للأرض فى البيع.
(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦.
(٣) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٧.
(٤) شرح المحلى والقليوبى، جـ٢، ص ٢٢٨ . وانظر الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٩ . وراجع ماتقدم فى مدى تبعية الشجرة اليابسة للأرض فى البيع.
(٥) الرملى على الأسنى السابق.
(٦) شرح النيل، جـ٨، ص ١٥٢ ، ١٥٣ . وانظر نتائج الأقوال، جـ٢، ص ٥٣ . والجامع، جـ٢، ص ٣٧٨.

والحكم هنا هو كالحكم فى بيع الأرض فيها شجر وقد تقدم ذكره[١].

حكم الثمرة اذا بيعت رقبة البستان وقد أبر شئ من شجره:

إذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شئ من نخله فثمرة ذلك النخل فى عامة ذلك للبائع ولو كان منه مالم يؤبر ولم يطلع لأن حكم ثمرة ذلك النخل فى عامه ذلك حكم واحد كما يكون إذا بدا صلاحه ولم يؤبر[٢].

(١) راجع ماتقدم فى مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع بالهامش.

(٢) الأم، جـ٣. ص ٤٢ ، ٤٣، مجلد/ ٢.

الفصل الثانى

مدى تبعية الزرع والبذر للأرض فى البيع

وفيه مباحث خمسة.

المبحث الأول: مدى تبعية الزرع للأرض فى البيع.

المبحث الثانى: مدى تبعية البذر للأرض فى البيع.

المبحث الثالث: خيار المشترى فى بيع الأرض مغروسة أو مبذورة أو مزروعة.

المبحث الرابع: هل مايدخل تبعا فى البيع له حصة من الثمن؟

المبحث الخامس: متفرقات.

المبحث الأول

مدى تبعية الزرع للأرض فى البيع

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: موقف الفقهاء من تبعية الزرع للأرض فى البيع.

المطلب الثانى: موقف الفقهاء من جبر البائع على قطع الزرع ان كان له.

المطلب الثالث: مدى تكليف البائع قطع زرعه الذى يؤخذ مرة بعد أخرى أو المتكررة ثمرته.

المطلب الأول

موقف الفقهاء من تبعية الزرع للأرض فى البيع

. المقصود هنا بيان حكم الزرع الظاهر على وجه الأرض لا الذى لم يظهر بعد، وهذا الزرع إما أن يكون من النوع الذي يؤخذ دفعة[1] واحدة، وإما أن يكون من النوع الذي تتكرر ثمرته ويؤخذ أكثر من مرة[2]، ومن ثم فإن الكلام عن هذا سيكون فى فرعين.

الفرع الأول: موقف الفقهاء من تبعية الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة للأرض فى البيع.

الفرع الثانى: موقف الفقهاء من تبعية الزرع الذي يؤخذ أكثر من مرة للأرض فى البيع.

س- اذكر مثالا للزرع الذى يؤخذ مرة واحدة ثم اذكر مع الدليل والترجيح موقف الفقهاء من تبعية هذا الزرع للأرض فى البيع.

الفرع الأول

موقف الفقهاء من تبعية الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة للأرض فى البيع

الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة، هو كالحنطة، والشعير، والجزر، والثوم والبصل، والقطنيات[3]، ونحو ذلك مما يؤخذ دفعة

---

(١) الدُفعة بالفتح: المرّة. وبالضم: اسم لما يدفع بمرة، وجمعها دُفعات مثل سجدة وسجدات. والدُّفعة من المطر والدم وغيره مثل الدُّفقة، والجمع دُفع ودُفْعات مثل غُرْفة وغُرَف وغُرْفات فى وجوهها، المصباح المنير، جـ١، ص ١٩٦ (كتاب الدال).

(٢) صرح بهذه التفرقة الشافعية والحنابلة. وذكر الحنفية أمثلة تدل عليها دون تصريح بها. وفهمتها من نص ابن حزم فى حكم الزرع. أما المالكية والاباضية فنصوصهم عامة فى الزرع.

(٣) القطنيات بكسر القاف. وهى العدس والباقلاء ونحوها، من قطن بالمكان أقام فيه. ففى المصباح، جـ٢، ص ٥٠٩ (كتاب القاف) «قطن بالمكان قطونا من باب قعد: أقام به فهو قاطن، والجمع قُطّان مثل كافر وكفار. وقَطِين أيضا وجمعه قطن مثل بريد وبرد. (=)

واحدة[١].

وقد اتفق الفقهاء على أنه إن كان شرط أو عرف عمل به، ثم اختلفوا عند الاطلاق فى البيع على قولين.

القول الأول: لايتبع الزرع الأرض فى البيع، ومن ثم فهو لبائع الأرض مالم يشترطه المشترى، وبه قال الحنفية باجماع[٢]، وهو قول المالكية بناء

(=) ومنه قيل لما يدخر فى البيت من الحبوب ويقيم زمانا: (قِطنية) بكسر القاف على النسبة. وفى التهذيب: القطنية إسم جامع للحبوب التى تطبخ وذلك مثل العدس، والباقلاء، واللوبيا،، والحمص، والأرز، والسمسم، وليس القمح والشعير من القطانى». ولاحظ كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧.

(١) يلاحظ أن هناك بعض الزرع قد اختلف فيه هل يؤخذ مرة واحدة أم أكثر ومن ثم فالحكم يختلف كزرع السلق - بكسر السين - عند الشافعية.

(٢) فى مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلا ذكر بالاجماع» وفى الدر على المصدر السابق: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية ... إلا بقوله بكل قليل وكثير فيها أو منها أو باشتراطه، قيد فى مسألتى الزرع والثمر».
وفى الهداية، جـ٥، ص ٤٨٥: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض إلا بالتسمية».
وفى الاختيار، جـ٢، ص ٥: «يدخل الشجر فى بيع الأرض ... بخلاف الزرع والثمرة ... ولو شرطهما دخلا فى البيع عملا بالشرط».
وفى تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية».
ويقول الحصكفى: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية ... ولاالثمر فى بيع الشجر بدون الشرط» الدر المختار بهامش رد المحتار، جـ٤، ص ٣٨.
أقول: عبر الحنفية فى جانب الثمر بالشرط. وفى جانب الزرع بالتسمية ولافرق بين العبارتين كما ذكرناه عن المحقق ابن عابدين فى حاشيته، جـ٤، ص ٣٨. راجع فى ذلك هامش القول الأول من المبحث الأول من الفصل الثانى من الباب الأول بحث فى التسمية والشرط للحنفية. فلا فرق بين أن يسمى الزرع والثمر بأن يقول: بعتك الأرض وزرعها أو بزرعها أو الشجر وثمره أو معه أو به. وبين أن يخرجه مخرج الشرط فيقول: بعتك الأرض على أن يكون زرعها لك أو بعتك الشجر على أن يكون الثمر لك كذا فى المنح.
وفى البدائع، جـ٥، ص ١٦٤: «فإن كان المبيع أرضا ولم يذكر شيئا من القرائن دخل مافيها من الأبنية والأشجار، ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء».
كما لايدخل الزرع بذكر الحقوق والمرافق لأنه ليس منهما. والألفاظ فى بيع الأرض المزروعة عند الحنفية أربعة: الأول: أن يقول بعت الأرض ولم يزد على ذلك وحكمه هو المذكور هنا أي لايدخل الزرع. والثانى: بعت بحقوقها ومرافقها فلا يدخل الزرع(=)

على أن المشهور فى إبار الزرع ظهوره على وجه الأرض، ومن ثم فعدم دخوله فى بيع الأرض هو المشهور عندهم.

يقول الدردير: «لايتناول بيع الأرض الزرع الظاهر عليها بل هو لبائعه إلا لشرط أو عرف لأن ظهوره على الأرض إبار له فيكون لمالكه عند عدم الشرط والعرف، وماذكرناه هو الصواب»(١).

(=) أيضا لأن الحق فى العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب، والمرافق مايرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء، والزرع ليس كذلك فلا يدخل. واللفظ الثالث أن يقول: بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوق أو من مرافقها فلا يدخل الزرع أيضا للعلة السابقة فى اللفظ الثانى. اللفظ الرابع أن يقول: بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها أو من مرافقها فيدخل الزرع لعموم اللفظ.
أنظر: الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير والكفاية، جـ٥، ص ٤٨٨، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤، ١٦٥، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي، جـ٤، ص ١١، الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٩.
وراجع ماسبق عند الفقهاء فى مثل ذلك: «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع» وكذلك «حكم الثمار على رؤوس الأشجار عند ذكر الحقوق والمرافق».

(١) الشرح الصغير وعليه أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠٢.
وجملة القول فى مذهب المالكية أنهم قالوا: لايدخل الزرع فى بيع الأرض لكنهم اختلفوا فى صفة هذا الزرع الذى لايدخل، والمشهور أنه الزرع البارز على وجه الأرض لأن إبار الزرع خروجه على المشهور. ومن ثم فهو للبائع صغيرا كان أم كبيرا إلا ان اشتراطه المشترى. ومقابل المشهور أن الزرع يدخل فى بيع الأرض حتى ولوكان ظاهرا على وجهها مالم يفرك أي مالم يبد صلاحه بناء على أن إبار الزرع بافراكه. ذكره الدسوقى قولا غير مشهور فى إبار الزرع. وهناك قول ثالث فى إبار الزرع وهو أن ابار الزرع خروج البذر من يد باذره وعليه فلا يتناول العقد على الأرض البذر ولا الزرع.
هذا وعبارة خليل فى مختصره تفيد عدم دخول الزرع والبذر فى بيع الأرض فبعد أن ذكر دخول البناء والشجر قال «لاالزرع والبذر». والصواب كما قال الخرشي وغيره من الشراح «والبذر لاالزرع» أي يدخل البذر لاالزرع. فالبذر مقدم فى الذكر على الزرع ويكون العطف على الشجر والبناء السابق حكمهما بالدخول فى بيع الأرض.
واليك من النصوص مايؤيد فهمنا لمذهب المالكية المذكور هنا.
جاء فى شرح شرح الخرشي، جـ٥، ص ١٨١: «قال -أي خليل- لا الزرع والبذر» قال الخرشي: «صوابه والبذر لا الزرع» ثم ذكر الحكم فقال: «وتناولت الأرض البذر المغيب فيها لاالزرع البارز على وجهها لأن إبار الزرع خروجه على المشهور وليس جزءا من الأرض بخلاف البناء والشجر». قال العدوى على الخرشي السابق. «ومقابل الرواية(=)

وبعدم دخول الزرع في بيع الأرض قالت الاباضية في قول لهم إن أدرك الزرع أي بدا صلاحه[1]، وبعدم دخوله في البيع قال ابن حزم الظاهري[2].

(=) المشهورة أنها لاتتناول البذر فعلى هذا رباره وضعه بالأرض». وفي شرح أبي الحسن: «وإبار الزرع على المشهور خروجه من الأرض» قال العدوى «المراد به غير ذي الثمر كالبرسيم والقرط. وقيل: ان ابار الزرع خروجه من يد باذره وهو خلاف المشهور. فمن ابتاع أرضا ذات زرع ظاهر للناظر يكون زرعها للبائع إلا أن يشترطه المشترى، ومن اشترى أرضا مبذورة لم يبرز زرعها فانها تتناول بذرها»، كفاية الطالب وعليه حاشية العدوى، جـ٢، ص ١٦٤.

وفي الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١ عند قول خليل «لاالزرع والبذر» «صوابه: والبذر لا الزرع. أي وتناول العقد على الأرض مافيها من بذر لاالزرع الظاهر عليها لأن إباره خروجه فلا تتناوله لأن المؤبر لايدخل تبعا كما تقدم»».

قال الدسوقي في حاشيته على الشرح «وتناول أيضا البذر المغيب فيها لا الزرع البارز على وجهها. هذا هو المشهور. وخلاف المشهور عدم تناول الأرض للبذر ... وما ذكره من إبار الزرع خروجه من الأرض هو المشهور، ويترتب عليه ماذكر من تناول العقد على الأرض البذر الكائن فيها وعدم تناوله للزرع الظاهر على وجهها. وقيل: ان إبار الزرع بخروج البذر من يد باذره، وعليه فلا يتناول العقد على الأرض البذر ولاالزرع. وقيل: إباره بافراكه، وعلى هذا فالعقد على الأرض يتناول البذر المغيب فيها والزرع الظاهر على وجهها».

وانظر أيضا جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ . ولابن جزي في القوانين، ص ٢٢٥ «ومن باع أرضا وفيها زرع ... وإن كان صغيرا قد ظهر فهو لمن اشترطه منهما، وإن سكتا عنه فقيل: يكون للبائع، وقيل: للمشترى. وإن كان الزرع كبيرا قد بدا صلاحه فهو للبائع سواء شرطه أو سكت عنه، وإن اشترطه المشترى فهو له».

(١) وجملة مذهب الاباضية: أنه يدخل الزرع في بيع الأرض باتفاق إن لم يكن قد أدرك أي إن لم يكن قد بدا اصلاحه. فان أدرك فقولان. المشهور لايدخل في البيع. وقيل: أنه يدخل في البيع وإن أدرك فيكون للمشترى إلا إن استثناه البائع فان لم يكن قد أدرك فانه لايجوز استثناؤه إلا على القطع. وان استثناه وتركه حالل المشترى وإن أذن له في تركه جاز تركه، وإن اعتيد استثناؤه على ترك حتى يدرك فعلى مااعتيد. يقول أطفيش في شرح النيل، جـ٨، ص ١٥٣: «والمعلوم جائز الاستثناء كبيع أرض معينة إلا زرعها بأن يكون قد أدرك. وقيل: هو للمشترى ولو أدرك إن لم يستثن، وإلا لم يجز استثناؤه إلا على القطع. وإن استثناه وتركه حالل المشترى، وإن أذن له في تركه جاز تركه، وإن اعتيد استثناؤه على ترك حتى يدرك فعلى ما اعتيد. وجاز استثناء تسمية من ثمار أو زرع كالنصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك» وانظر نتائج الأقوال، جـ٢، ص ٥٣. الجامع لابن بركة، جـ٢، ص ٣٢٩ وما بعدها، ص ٣٧٨.

(٢) جاء في المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨ مسألة، ١٥٩٣: «ومن اشترى أرضا فهي له بكل مافيها من بناء قائم أو شجر نابت ... ولايكون له الزرع الذي يقلع ولاينبت بل هو لبائعه».

وهو قول الشافعية. فعندهم الزرع الذى يؤخذ دفعه واحدة، كالحنطة والشعير لايدخل فى مطلق بيع الأرض وإن قال بحقوقها. ومثل الحنطة والشعير سائر الزروع كالجزر، والفجل[١]، والسلق[٢]، والثوم والبصل والقطن الخرسانى[٣]، ولافرق فى ذلك بين مايحصد كالحنطة والشعير أو يقلع كالجزر ونحوه[٤].

وقد وضع النووى فى الروضة قاعدة قال فيها: «واعلم أن كل زرع لايدخل عند الاطلاق لايدخل وإن قال بحقوقها»[٥]، لكن إن قال مع مافيها دخل.

---

(١) الفجل بضم الفاء وهو معروف.

(٢) السلق بكسر السين. وفى المهمات أن عد النووى وغيره للسلق فى هذا القسم سهو بل يكون للمشترى أى يدخل فى البيع فانه يحصد مرة بعد أخرى. وأجيب عنه بأنه كالحنطة فى أنه لايؤخذ إلا فى سنة وإن كان يجز فيها مرارا. وعن الشيخ أبى حامد: أن السلق نوعان. أحدهما: يؤخذ دفعة واحدة وهو مراد الرافعى. والثانى: يجز مرتين فى العام وهو المعروف بمصر وأكثر بلاد الشام. ذكره الأذرعى. أنظر هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص١٩٦، وفى الاسنى، جـ، ص٩٧: «عد الشيخان مما يؤخذ دفعة واحدة السلق بكسر السين. واعترضهما جماعة بأنه مما يجز مرارا. وأجاب الأذرعى: بأنه نوعان نوع يؤخذ دفعة واحدة وهو ما أراده الشيخان، ونوع مما يجز مرارا وهو المعروف بمصر وأكثر بلاد الشام. أ.هـ.
وقد خطأ ابن العماد من اعترض على الشيخين فقال: هذا خطأ فان السلق لايحصد مرة بعد مرة ولايبقى سنين بل ولاسنة، وإنما تحصد أوراقه شيئا فشيئا. وكل ماحصد لايخلف. حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٧.
أقول: وماقاله ابن العماد صحيح فهو الذى نشهده فى قرانا بريف مصر وهو يشبه مايطلق عليه أهل مدننا «السبانخ».

(٣) والقطن العراقى كالقطن الخرسانى لايبقى أكثر من سنة كما فى الروضة ولايحمل إلا سنة كما فى المهذب، وحكمه حكم الحنطة كما فى قليوبى وغيره. وأعتقد أن قطن مصر المحروسة من هذا النوع كما هو مشاهد فى بلادنا. انظر حاشية قليبوى، جـ٢، ص٢٣١. العبادى على التحفة، جـ٤، ص٤٥٨، أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص١٠٢، وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص١٩٩، ٢٠٠: «... فأما إذا كان القطن فى بلاد زرعا ... وإذا بيعت الأرض لم يدخل فى البيع نبات القطن ولامافيه من ورد وجوز كسائر الزروع».

(٤) حاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٦.

(٥) روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٥، ١٩٦.

قال القليوبى: «وخرج بالمطلق بيع الأرض مع مافيها فانه يدخل حينئذ»[(١)].

والقطن الخرسانى والبغداى حكمه حكم الزرع لأنه يؤخذ مرة واحدة بخلاف الحجازى[(٢)].

(١) حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٦.

(٢) حاشية الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٧ ، حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٣١ . العبادى على التحفة، جـ٤، ص ٤٥٨ . الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ، وقد سبق الكلام على أنواع القطن عند الشافعية فى الباب الأول الفصل الثالث: «مدى تبعية ثمرة غير النخل لشجرتها فى البيع».

ونصوص الشافعية تزيد ماذكرناه عنهم. ففى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠١: «وأما الزرع فضربان. ضرب إذا حصد لم يبق له أصل يستخلف كالبر والشعير فهذا لايتبع أصله إلا بالشرط، ولايجوز افراده بالعقد الا بشرط القطع ....» وفى ص ٢١٨: «إذا باع أرضا وفيها زرع يحصد مرة ويؤخذ دفعة كالبر والشعير والباقلاء والكتان فهو للبائع لايدخل فى البيع إلا بالشرط بخلاف الشجر والغرس الموضوع للاستدامة والبقاء ....».

وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧٣: «وإن كان الزرع يؤخذ مرة واحدة كالحنطة والشعير فانه لايدخل فى بيع الأرض من غير شرط ... وإن قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها قال الشيخ أبو حامد: فان الزرع لايدخل فى بيعها لأنه ليس من حقوقها بخلاف الغراس».

وفى الأم، جـ٣، ص ٤٥ مجلد/٢: «ومن باع أرضا فيها زرع قد خرج من الأرض فالزرع للبائع إلا أن يشترطه المبتاع فاذا حصد فلصاحبه أخذه». وفى ص ٤٧: «وما كان من نبات فانما يكون مرة واحدة فهو كالزرع يترك حتى يبلغ ثم لصاحبه من نبات الأرض مما لم ينبته الناس وكان ينبت على الماء فلصاحبه فيه ماله فى الزرع. والأصل يأخذ ثمرة أول جزة منه إن كانت تنبت بعدها ويقلعه من أصله إن كان لاينفع بعد جزة واحدة لايختلف ذلك».

وفى الحلية، جـ٢، ص ٥٤٩: «فان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر فان كان مما لايحمل فى السنة إلا مرة كالحنطةوالشعير لم يدخل فى البيع».

وفى تتمة الابانة، جـ٤ ورقة ١٥٩: «إذا كان له أرض مزروعة والزرع مما يحصد مرة فباعها مطلقا لم يدخل الزرع فى البيع ...»

وفى المهذب، جـ١، ص ٢٨٠: «... وإن كان مما لايحمل إلا مرة كالحنطة والشعير لايدخل فى بيع الأصل».

وفى شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦: «ولايدخل فى مطلق بيع الأرض كما فى المحرر والروضة وأصلها مايؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير وسائر الزروع كالجزر والفجل والبصل والثوم» (=)

وبعدم تبعيّة هذا النوع من الزرع للأرض فى البيع قال الحنابلة باتفاق فيما بدا صلاحه، وفى الصحيح عندهم فيما لم يبد صلاحه. فعندهم: لايدخل فى بيع الأرض الزرع الذى يؤخذ مرة واحدة إلا بالشرط. كالحنطة والشعير، والقطنيات، وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهها فان اشترطه المشترى فهو له قصيلا[1]، كان أو ذا حب مستترا أو ظاهرا معلوما أو مجهولا، لكونه دخل فى البيع للأرض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها. أما إن أطلق فى البيع فهو للبائع.

وقد ذكر ابنا قدامة عدم العلم بخلاف فيما تقدم وأنه قول أبى حنيفة

(=) وفى الأسنى، جـ٢، ص ٩٦: «لايدخل فى بيع الأرض من الزرع مايؤخذ دفعة واحدة كزرع البر والشعير ونحوه من الفجل والجزر وقطن خراسان، والثوم وغيرهما وإن قال بحقوقها».

وفى التحفة، جـ٤، ص ٤٤٢: «لايدخل فى مطلق بيع الأرض كما بأصله وإن قال بحقوقها -بخلاف مافيها- مايؤخذ دفعة كالحنطة والشعير وسائر الزروع كجزر وفجل».

قال الشروانى: «أي وقطن خرساني وثوم وبصل كما فى النهاية والمغنى» حاشيته على التحفة السابق. وعلق الشروانى والعبادى على قول صاحب التحفة «بخلاف مافيها »بقولهما: ظاهره أن المعنى بخلاف مالو قال: بعتك هذه الأرض بما فيها فيدخل مايؤخذ دفعة واحدة. فلينظر ذلك مع قوله الآتي: «ولو باع أرضا مع بذر أو زرع لايفرد بالبيع» فانه صرح فيه ببطلان البيع فى الجميع خلاف ما أفاده هنا فان المفهوم من الحكم بدخول شئ فى البيع صحة البيع وتناوله لذلك الشئ. قالا: نعم لامانع من الصحة والتناول فى نحو قصيل لم يسنبل وشعير إلا أنه لما عمم كالنووى أشكل الحال. وقد يقال: مراده أنه إذا قال بحقوقها لايدخل فى بيعها مايؤخذ دفعة كالبر فى سنبلة فيفسد العقد، وكونه كالقصيل فيصح العقد ويتناوله ويجعل قوله الآتى بعد دليلا على هذا التفصيل. أ. هـ.

أنظر حاشيتى الشروانى والعبادى على تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٢، ٤٤٣.

(١) القصيل: هو الزرع الأخضر، سمى قصيلا من القصل وهو القطع لانه يقصل وهو رطب. وقال ابن فارس: لسرعة انفصاله وهو رطب. والقصيل هو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب. والقصيل أيضا: اسم للزرع الصغير.

أنظر: المصباح المنير، جـ٢، ص ٥٠٦ (كتاب القاف). وحاشية الشروانى على التحفة، جـ٤، ص٤٤٤.

والشافعي[١].

لكن المرداوي ذكر في الانصاف قول صاحب المبهج أن الزرع إن لم يبد صلاحه فعلى وجهين الصحيح وهو المذهب عدم الدخول في البيع كما ذكرنا[٢].

والصحيح أيضا من مذهب الحنابلة أن قصب السكر حكمه حكم الزرع ويتوجه مثله في الجوز بخلاف القصب الفارسي -وهو البوص-[٣] وسيأتي.

والباذنجان والقطن الذي يؤخذ مرة واحدة في العام حكمه حكم الزرع فهو كالحنطة والشعير[٤].

---

(١) في المغني، جـ٤، ص ٢١٣ ، الشرح، جـ٤، ص ٢٠٥: «... وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا».

(٢) الانصاف، جـ٥، ص ٥٨.

(٣) المصدر السابق. كشاف القناع، جـ٣. ص ٢٧٧ ، المغني، جـ٤. ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥ .

ونصوص الحنابلة تزيد ماذكرناه ففي الانصاف، جـ٥، ص ٥٨: «وإن كان فيها زرع لايحصد إلا مرة واحدة كالبر، والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد، وكذلك القطنيات ونحوها. وهذا المذهب وعليه الأصحاب. قال في المغني: لاأعلم فيه خلافا. كذا ما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل، والقتّ والثوم والبصل وأشباه ذلك. وقال في المبهج: إن كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع الأرض، وإن لم يبد صلاحه فعلى وجهين ... قال في القواعد: وهو غريب جدا مخالف لما عليه الأصحاب».

وفي كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨: «وإن كان في الأرض المبيعة زرع لايحصد إلا مرة واحدة سواء نبت ذلك الزرع أولا، كبر وشعير وقطنيات وهي العدس والباقلا ونحوها كجذر وفجل وثوم وبصل ونحوه كدخن وذرة ... لم يدخل ماذكر من الزرع في البيع وهو لبائع ونحوه مبقى إلى الحصاد وإلى قلع بلا أجرة على البائع إن لم يشترطه مشتر ونحوه فان شرطه فهو له قصيلا كان أو ذا حب مستترا أو ظاهرا معلوما أو مجهولا. لأنه بالشرط يدخل تبعا للأرض فهو كأساسات الحيطان».

وانظر الروض المربع وحاشية العنقري، جـ٢،ص٢٥ . والمغني، جـ٤، ص٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥ ، القواعد لابن رجب، ص ١٦٥، القاعدة/ ٨٠ ص٢٠٣ ، القاعدة/ ٨٥.

(٤) يقول المقدسي: «والقطن ضربان ... الثاني: مايتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ... واذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع، والباذنجان الذي(=)

القول الثاني: يدخل الزرع فى بيع الأرض ويكون للمشترى حتى ولو كان ظاهرا على وجهها مالم يفرك، وبه قال بعض المالكية بناء على أن إبار الزرع عند هذا البعض بافراكه أي ببدو صلاحه وهو مقابل المشهور[١]، وهو قول الاباضية باتفاق إن لم يكن قد أدرك أى إن لم يكن قد بدا صلاحه، وقول لهم غير مشهور إن أدرك فيكون للشمتري إلا إن استثناه البائع[٢]، وهو وجه للحنابله فى مقابل الصحيح إن لم يكن قد بدا صلاح الزرع قاله فى المبهج ونقله المرداوى عنه فى الانصاف ونقل أيضا أن ابن رجب استغرب به قال فى القواعد: وهو غريب جدا مخالف لما عليه الأصحاب[٣].

الأدلـــــة:

دليل القول الأول: استدل من قام بعدم دخول الزرع الذى يؤخذ دفعة واحدة فى بيع الأرض عند الاطلاق بالآتى:

١- أن الزرع ليس جزءا من الأرض، وإنما هو متصل بها للفصل، فهو مودع فيها يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة فى بيع الشجرة، والمتاع الموضوع فى الدار المبيعة.

فعند المالكية: «أن الزرع ليس جزءا من الأرض بخلاف البناء والشجر»[٤].

وعند الشافعية يقول الشيرازى: «لأنه نماء ظاهر لايراد للبقاء فلم

(=) تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر ومايتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير» الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ . وانظر المغنى جـ٤، ص ٢٢١.

(١) أنظر نصوص المالكية بهامش القول الأول.

(٢) أنظر نصوص الاباضية بهامش القول الأول.

(٣) أنظر نصوص الحنابلة بهامش القول الأول.

(٤) شرح الخرشى وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨١ . جاوهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧١.

يدخل فى بيع الأصل كالطلع المؤبر »[١].

ويقـول المحلى: « لأنه ليس للدوام والثبـات فهـو كـالمنقـولات فى الدار »[٢].

وعبارة الأنصارى: « لأنه ليس للدوام فأشبه منقولات الدار »[٣].

وقال الرملى: « لأنه نماء ظاهر يراد للنقل والتحويل دون البقاء »[٤].

وعبارة الهيتمى: « لأنها[٥] لاتراد للدوام فكانت كأمتعة الدار »[٦].

وعبارة البيـان: « لأنه نماء ظاهر لايراد للبقاء فلم يدخل فى بيع الأرض من غير شرط كالطلع المؤبر حتى ولو قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها لأن الزرع ليس من حقوقها بخلاف الغراس قاله الشيخ أبو حامد »[٧].

وفى التتمة: « لأنه نما ظهر لايراد للدوام والتأبيد فلا تدخل فى العقد عند الاطلاق كالثمرة المؤبرة »[٨].

وفى الأم: « والقول فى الزرع من الحنطة وغيرها مما لايصرم[٩] إلا مرة أشبه أن يكون قياسا على الثمرة مرة واحدة فى السنة إلا أنه يخالف الأصل فيكون الأصل مملوكا بما تملك به الأرض ولايكون هذا مملوكا بما تملك به الأرض

---

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٨٠.
(٢) شرح جلال الدين المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦.
(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.
(٤) الرملى على الأسنى السابق.
(٥) أي المذكورات من هذا النوع من الزرع.
(٦) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٢٤٢.
(٧) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٣.
(٨) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٩.
(٩) أي لايقطع فالصرم هو القطع.

لأنه ليس بثابت فيها»[١].

وذكر الماوردى الدليل وأبدى عليه اعتراضا ثم أجاب عنه.

أما عن الدليل فيقول: إذا باع أرضا وفيها زرع يحصد مرة ويؤخذ دفعة كالبر والشعير والباقلاء والكتان فهو للبائع لايدخل فى البيع إلا بالشرط بخلاف الشجر والغرس الموضوع للاستدامة والبقاء لأن الزرع لايوضع للاستدامة وإنما يزرع لتكامل المنفعة فحل محل المتاع المودع فلذلك لم يدخل فى البيع.

وأما عن الاعتراض فيقول: فان قيل: فالثمرة قبل التأبير تستبقى لتكامل المنفعة. ثم تجتنى وهى داخلة فى البيع فهلا كان الزرع مثلها؟.

ثم أجاب فقال: قيل الفرق بينهما: أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع، والزرع مستودع فى الأرض بفعل الآدمى، وقد فرق فى الأصول بين: ماكان من خلقة الأصل فيكون تبعا، وبين مايكون مستودعا فى الأصل فلا يكون تبعا. ألا ترى أنه لو اشترى أرضا فوجد فيها ركازا لم يدخل فى البيع لأنه مستودع فى الأرض، ولو وجد فيها معدنا كان داخلا فى البيع لأنه خلقة فى الأرض[٢]؟.

وعند الحنابلة يقول ابنا قدامة: «لأنه مودع فى الأرض فهو كالكنز والقماش ولأنه يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة»[٣]. وبالشرط يدخل تبعا للأرض فهو كأساسات الحيطان[٤].

---

(١) الأم للامام الشافعى، جـ٣، ص ٤٦، مجلد/٢.
(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٨.
(٣) المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥ . وانظر البهوتى فى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨.
(٤) كشاف القناع السابق.

وأما الحنفية فقالوا: أن الزرع متصل بالأرض للفصل، أي لفصل الآدمي إياه فأشبه المتاع الموضوع في الدار. أي أن اتصال الزرع بالأرض ليس للقرار، وكل ماشأنه ذلك لايتبع الأرض في البيع[١].

أقول: فالعبارات المتقدمة كلها متحدة في المعنى وإن اختلف لفظها.

المناقشة: نوقض الدليل المتقدم بالحمل فانه متصل بالأم للفصل ومع ذلك يدخل في بيع الأم.

والجواب: أن ما اعترض به غير وارد على التفسير المذكور[٢] لأن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم فافترقا[٣].

يقول الزيلعي: والجواب أن الحمل جزء الجارية[٤] فيكون تبعا لها، ولأنه لايقدر على فصله إلا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا في أول الحال مع وجود الجزئية في الحال[٥].

ويقول الشلبي في الاعتراض وجوابه: فاندفع بأنه متصل لفصل الآدمي إياه لانتفاعه به ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقر الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل. بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر، وأيضا الأم وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل[٦].

(١) الاختيار، جـ٢، ص ٥ . الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦ ، ومعه مجمع الأنهر. تبيين الحقائق وحاشية الشلبي، جـ٤، ص ١١ ، الهداية وشرح العناية وفتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥.

(٢) وهو أن المراد فصل الآدمي إياه.

(٣) شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٥.

(٤) الحمل جزء الجارية حقيقة وحكما. أما حكما فانه يعتق بعتق الأم. وأما حقيقة فانه يتغذى بغذاء الأم وينتقل بانتقالها. الشلبي على تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.

(٥) تبيين الحقائق السابق.

(٦) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق السابق.

وعبارة ابن الهمام: أن الزرع فى الأرض أشبه المتاع الذي فى المبيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها فى البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر. وأيضا الأم ومافى بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل. ثم قال:

«فبعد ذلك ينظر إن كان اتصاله للقرار كما فى الشجر كان متصلا للحال وفى ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية دون تسمية على الصحيح لشدة الاتصال لاالجنسية والجزئية. وإن كان اتصاله للفصل فى ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل إلا بالتسمية. فان قيل: ينبغي أن يدخل لأن الاتصال قائم فى الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم.

فالجواب: أن الموجب للدخول إما شمول حقيقة المسمى فى البيع له أو تبعيته له، والتبعية بأن يكون مستقر الاتصال به لامجرد اتصاله الحالي مع أنه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول[١].

٢- استدل غير الحنفية[٢]. وهم المالكية والشافعية، والحنابلة بالقياس على الثمرة المؤبرة فهي لاتدخل فى بيع الشجرة إلا بالشرط فكذلك هذا النوع من الزرع[٣]، ودليل المقيس عليه قوله - ﷺ-: «من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع إلا ان اشترطها المبتاع»[٤]. قالوا: مناط الحكم هو التأبير كما فى الحديث، وظهور الزرع على وجه الأرض بمعنى التأبير[٥].

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٥ ، ٤٨٦.

(٢) لأن الحنفية كما سبق فى الباب الأول «مدى تبعية الثمرة لشجرتها فى البيع» لاعبرة للتأبير عندهم فليس هو مناط الحكم. راجع الفصل الثانى من الباب الأول.

(٣) راجع الفصل الثانى من الباب الأول.

(٤) راجع الحديث فى الفصل الأول من الباب الأول.

(٥) راجع الفصل الأول من الباب الأول.

فالمالكية لهم ثلاثة أقوال فى معنى إبار الزرع.

القول الأول: إبار الزرع خروجه على وجه الأرض. وهو المشهور.

القول الثانى: إبار الزرع خروج البذر من يد باذره.

وعلى القولين لايدخل الزرع إلا بالشرط. وهو المشهور.

القول الثالث: إبار الزرع بافراكه أي ببدو صلاحه، وعليه يدخل الزرع وإنما قال المالكية ذلك فى نظرنا لأن مناط الحكم هو التأبير، والزرع له تأبير عندهم فكان الحكم فيه كالحكم فى الثمر إذا بيعت شجرته[١].

دليل القول الثاني: لم أعثر على دليل لأصحاب هذا القول على أن هذا النوع من الزرع يدخل فى البيع عند الاطلاق ومن ثم فهو للمشترى مالم يكن قد بدا صلاحه إلا أن يقال: أنهم قاسوه على الحمل بجامع الاتصال فى كل فالزرع متصل بالأرض كاتصال الحمل بالأم. وقد سبق الجواب على هذا القياس من الحنفية[٢]، وإن قاسوه على الأشجار فانه قياس لايصح للفارق فالشجر متصل بالأرض اتصال قرار، بخلاف الزرع فانه لايراد للدوام والثبات. ولعل مقابل المشهور عند المالكية عبّر فى هذا الصدد بما يصلح أخذ الدليل منه حيث علل بأن إبار الزرع بافراكه. والتأبير كما تقدم فى دليل القول الأول هو مناط الحكم فما أبر للبائع ومالم يؤبر للمشترى إن لم يكن شرط يقضى بخلاف ذلك وإن كان إبار الزرع بافراكه كما هنا فانه قبل ذلك يكون للمشترى فيدخل فى البيع عملا بحديث التأبير.

لكن يجاب على هذا بأنه تفسير للتأبير من وجوه ثلاثة واردة فى تفسيره وهو خلاف المشهور.

---

(١) راجع نصوص المالكية بهامش القول الأول فى المسألة.

(٢) راجع أدلة القول الأول ومناقشتها.

الراجـــــح:

مما تقدم يترجح فى نظرنا القول الأول الذاهب أهله إلى أن الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة لايدخل فى بيع الأرض عند الاطلاق ومن ثم فهو للبائع إلا إن اشترطه المشتري. أما القول الثانى فلا دليل عليه. وقد استغربه جدا فقيه الحنابلة ابن رجب فى قواعده عندما قال صاحب المبهج أنه أحد وجهين فى المذهب[١].

أقول: ماسبق كان عن الزرع المتصل بالأرض أما إذا كان الزرع محصودا أي منفصلا عنها فلا يدخل فى البيع إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة المتاع فى الدار[٢].

الفرع الثانى

موقف الفقهاء من تبعية الزرع الذى تتكرر ثمرته ويجز[٣] اكثر من مرة

أقول: من الزرع ماتطول مدته فى الأرض وله أصل وثمرة، وتجذ ثمرته مرارا ومن أمثلة هذا النوع الكرات والباذنجان والقصب[٤]،

(١) راجع القول الثانى.

(٢) الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير. جـ٥، ص ٤٨٨ . بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ ، ١٦٥، تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.

(٣) تقدم معنى الجذاذ، وأنه القطع. والجزة بالزاي وكسر الجيم: اسم لما تهيأ للجز، وبالفتح: اسم للمرة الواحدة، وبالفتح والكسر: وقت الجذ والحصاد. المصباح المنير، جـ١، ص ٩٩ (كتاب الجيم). المعجم الوسيط، جـ١، ص ١١٢ ، ١٢٠ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٦ ، النظم المستعذب، جـ١، ص٢٨١.

(٤) القصب: وهو نوعان القصبة الحلو وهو قصب السكر، والقصب الفارسى وهو البوص المعروف. وفى القصب الحلو خلاف. البعض يجعله كالزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة والبعض يجعله من النوع الذي معنا. فعلى الأول لايدخل أصله فى البيع، وعلى الثانى يدخل. والقصب بالصاد المهملة المفتوحة . وقول الأسنوى هو بالمعجمة سهو، قليوبى، جـ٢، ص٢٢٦.

والقطن[١]، والقت[٢]، والهندباء[٣]، والنعناع[٤]، والسلق[٥]، والقثاء والبطيخ والخيار، والكرفس والطرخون، والورد والياسمين، والبنفسج والنرجس والقضب[٦]، ونحو ذلك وبعض فقهاء الشافعية يطلق على هذا النوع اسم البقل[٧].

---

(١) القطن: نوعان . القطن الحجازي، وهو عند الشافعية تؤخذ ثمرته أكثر من مرة ويستمر أكثر من سنة في الأرض. أما القطن الخرساني والبغدادي فهو عندهم كالزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة. الرملي على الأسنى، جـ٢، ص ٩٧ . وقد سبق الكلام عليهما تفصيلا في الباب الأول الفصل الثالث. ومثلهم الحنابلة في التقسيم.

(٢) القت: بالقاف والتاء المثناة مايقطع للدواب ويسمى القرط، والرطبة. أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٧ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٠ . قال الأزهري: القت حب بري لاينبته الآدمي فاذا كان عام قحط وفقد أهل البادية مايقتاتون به من لبن وتمر ونحوه دقّوه وطحنوه واجتزؤا به على مافيه من الخشونة. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤٨٩ (كتاب القاف)، وانظر هامش روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦ .
وقد عده المرداوي من الحنابلة من النوع الذي يؤخذ دفعة واحدة، وهو وجه عندهم، الانصاف، جـ٥، ص ٥٨ . والقت هو القرط بفتح القاف أي العشب الذي تأكله الدواب.
قال عياض: وأراه ليس بعربي وأما بضم القاف فحلي يجعل في ثقب الأذن للزينة، جواهر الاكليل. جـ٢، ص ٦٣.

(٣) الهندباء بالمد والقصر مع كسر الدال المهملة قبل الباء: وهو المشهور في العرف بالبقل. قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٤) في روضة الطالبين: والنعنع، وفي غيرها كما هو مذكور. والمعنى واحد.

(٥) بكسر السين وسكون اللام.

(٦) القضب والرطبة: القضب بالمعجمة الساكنة بعد القاف وزان فلس: الرطبة. وقال في البارع: القضب كل نبت أقتضب فأكل طريا. المصباح المنير، جـ٢، ص ٥٠٧ (كتاب القاف).
وفي التحفة لابن حجر: «أنه اسم القت فعطفه عليه تفسير، ويرادفه القرط والرطبة، والفصفصة: وهو علف البهائم المعروف بالبرسيم ونحوه». قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٠ ، ومعه حاشية الشرواني.
وفي الشرح: القضب: بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة: مايرعى من الحشيش، أو كل ماترعاه الدواب. الشرح الصغير وعليه بلغة السالك، جـ٤، ص ٣٢٥ ، جواهر الاكليل، جـ٢، ص٦٣.

(٧) البقل: خضروات الأرض. وفي الصحاح كل نبات اخضرت به الأرض فهو بقل. وأبقلت الأرض: أنبتت البقل فهي مُبْقِلة على القياس. وجاء أيضا: بَقْلة وبَقِيلة وأبقل الموضع من البقل فهو باقل على غير قياس. وأبقل القوم: وجدوا بقلا. والباقلّا وزنه فاعلا(=)

فما حكم هذا النوع من الزرع إذا بيعت الأرض وهو بها، فهل يتبعها في البيع ويكون للمشتري أم لايتبعها ويكون للبائع؟.

إن المتتبع لنصوص الفقهاء في هذه المسألة يجدهم يفرقون بين أصل هذا الزرع وبين ثمرته، ثم إنهم ليسوا على سنن واحد في الحكم بل الخلاف قائم في بعض هذه الزروع حتى في المذهب الواحد. وسنتناول دراسة هذا الفرع في غصنين.

الغصن الأول: مدى تبعية أصل هذا الزرع للأرض في البيع.

الغصن الثاني: مدى تبعية ثمار هذا الزرع للأرض في البيع.

س – اذكر مثالا للزرع الذي يؤخذ أكثر من مرة ثم اذكر مع الدليل الراجح من مواقف الفقهاء في تبعية أصل هذا الزرع للأرض في البيع.

الغصن الأول
مدى تبعية أصل هذا الزرع للأرض في البيع

اتفق الفقهاء على أنه يعمل بالشرط أو العرف في أصول الزرع المتكررة ثمرته إذا بيعت أرضه. فمثلا لو اشترط المشترى دخول هذه الأصول في البيع دخلت وكانت له. ثم اختلفوا في دخولها عند الاطلاق في البيع على قولين.

القول الأول: لاتدخل أصول هذا الزرع في بيع الأرض. فهي كالزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة لايدخل في البيع إلا بشرط أو عرف. وبه قال الحنفية في أصل القطن على الصحيح عندهم. وقول لهم في أصل الكرات وماهو مثله، وهو قول الامام الفضلي منهم في قوائم الخلاف وبه يفتي. والباذنجان ونحوه أصله كأصل القطن في الاختلاف عند جواهر زادة. ولايدخل أصل

(=) يشدد فيقصر، ويخفف فيمد. الواحدة (باقلاّة) بالوجهين. المصباح المنير، جـ١، ص ٥٨ (كتاب البا،). حاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٤٠ على تحفة المحتاج.

الآس والزعفران كما في البحر، وفي الخانية يدخل، وأصول القصب تدخل، كما تدخل اصول الرياحين والبقول والرطبة(١).

(١) يقول الشلبي: «قال الاتقاني: قال في خلاصة الفتاوى: والقطن كالزرع لايدخل، وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لايدخل، أما الكرات إذا كان ظاهرا فلا يدخل، وما كان مغيبا فالصحيح أنه يدخل». الشلبي على تبيين الحقائق، جـ٤،ص١١.
ونص آخر يقول: «وفي البحر: باع أرضا فيها قطن لم يدخل الثمر، وأما أصله فمنهم من قال: لايدخل على الصحيح. وأما الكرات وما كان مثله فما كان على ظاهر الأرض لايدخل، وماكان مغيبا في الأرض من أصوله اختلفوا فيه والصحيح أنه يدخل. وفي الكرخي: والأصل أن ماكان لقطعه مدة معلومة فهو كالثمر فلا يدخل وماليس لقطعه مدة معلومة يدخل كالشجر. وشجرة الخلاف للمشترى وكذا كل ماكان له ساق ولايقطع أصله حتى كان شجرا، وأصل الآس والزعفران للبائع. والقصب في الأرض كالثمر، وأما عروقها فتدخل في البيع. وقوائم الخلاف والباذنجان تدخل في البيع ذكره السرخسي. والامام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ أولا، انقطع أولا. وبه يفتى» مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٥.
ونص ثالث يقول: «وفي الخانية: اختلفوا في شجر القطن والصحيح أنها لاتدخل ثم نقل عن جواهر زادة أن شجر الباذنجان يجب أن يكون على هذا الاختلاف. وأما الكرات ونحوه فما كان على ظاهر الأرض لايدخل بلا ذكر، وماكان مغيبا فيها من أصوله اختلفوا فيه والصحيح أنه يدخل»، الدر المنتقى في شرح الملتقى، جـ٢، ص ١٥.
قال ابن عابدين: «في الواقعات صرح بأن القصب لايدخل بلاشرط لأنه مما يقطع فكان بمنزلة الثمرة، وأخذ الطرسوسي من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه مما يقطع في أوقات معروفة لايدخل ونازعة تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع في كل سنة فكان كالثمرة بخلاف خشب الحور فلا وجه للالحاق. أ. هـ. لكن في الواقعات أيضا: لوفيها أشجار تقطع كل ثلاث سنين فلو تقطع من الأصل تدخل ولو من وجه الأرض فلا لأنها بمنزلة الثمرة».
ثم قال ابن عابدين: «واعلم انه نقل في البحر وكذا في شرح الوهبانية عن الخانية: أنه لو باع أرضا فيها رطبة أو زعفران أو خلاف يقلع في كل ثلاث سنين أو رياحين أو بقول، قال الفضلي: ماعلى وجه الأرض بمنزلة الثمر لايدخل بلا شرط، ومافي الأرض من أصولها يدخل لأن أصولها للبقاء بمنزلة البناء، وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت يدخل أصوله لاما على وجه الارض. واختلفوا في قوائم الخلاف والصحيح أنها لاتدخل. أ. هـ. وفي شرح الوهبانية ان هذا التفصيل أنسب لمقتضى قواعدهم. حاشية ابن عابدين. جـ٤. ص ٣٧ . وراجع المبحث الثالث من الفصل الأول من هذا الباب في الشجر.
أقول: يتضح من النصوص السابقة الخلاف عند الحنفية، كما يلاحظ أنهم لم يفرقوا(=)

وبعدم دخول أصل هذا النوع من الزرع فى بيع الأرض قال الأصحاب من الشافعية فى أحد الطرق، والطريق الثانى جعله قولا للامام الشافعى وقطع به ابن سريج، واختاره الامام والغزالى، قال البعض منهم: حتى لو قال البائع «بعتك هذه الأرض بحقوقها»(١).

وماقاله الشافعية هو وجه عند الحنابلة ذكر العنقرى فى حاشيته أنه رواية عن الامام أحمد إلا ان قال البائع: بحقوقها فانه يدخل فى البيع وهى طريقة ثالثة للأصحاب من ثلاث طرق(٢).

(=) فى القطن بين قطن الحجاز، وقطن خرسان وبغداد، كما فعل الشافعية والحنابلة: وأيضا الحنفية لم يفرقوا بين قصب السكر، والقصب الفارسي الذي هو البوص. بخلاف ماعليه مذهب الشافعية والحنابلة.

(١) هذا الخلاف ذكره النووى فى الروضة، وجلال المحلى فى شرحه وهو الخلاف السابق عندهم فى مدى تبعية الشجر للأرض فى البيع فى الفصل الأول من هذا الباب.
جاء فى الروضة. جـ٣، ص ١٩٦: «الضرب الثانى من الزرع: ماتؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى فى سنتين أو أكثر كالقطن الحجازى والنرجس والبنفسج، فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع. وفى دخول الأصول الخلاف السابق فى الأشجار. وحكى وجه فى النرجس والبنفسج أنها من الضرب الأول. وأما مايجز مرارا كالقت، والقصب الفارسي، والهندبا، والنعنع والكرفس والطرخون فتبقى جزتها الظاهرة عند البيع للبائع، وفى دخول الأصول الخلاف. وعن الشيخ أبى محمد: القطع بدخولها فى بيع الأرض». وانظر شرح جلال المحلى. جـ٢، ص ٢٢٥، ٢٢٦. وتتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠، والحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩.
وراجع مذهبهم فى مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع المبحث الأول من الفصل الأول. وعن أصل شجرة الموز فان أصل الموز لايحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل فى العام المقبل فاذا كان كذلك فالأصل الموجود وقت العقد لايدخل فى البيع كالزرع لأنه لايبقى بعد سنته، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل فى البيع. الماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢١، وراجع المبحث الثالث من الفصل الأول.

(٢) فالخلاف فيه كالخلاف فى الشجر. راجع مدى تبعية الشجر للأرض فى البيع فى الفصل الأول، وانظر المغنى، جـ٤، ص ٢١٤، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤، والعنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٥.
وهذا هو نص الانصاف فى الخلاف ففى، جـ٥، ص ٥٨ منه جاء: «وإن كان فيها زرع(=)

القول الثاني: يدخل أصل هذا النوع من الزرع في بيع الأرض فيكون

(=) يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول. أو تكون ثمرته كالقثاء والباذنجان فالأصول للمشتري والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء والباذنجان للبائع. هذا المذهب جزم به في الوجيز والحاويين والرعاية الصغرى والفائق وقدمه في المغني والشرح. قال في الرعاية الكبرى: فأصله للمشتري في الأصح. واختار ابن عقيل إن كان البائع قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها، دخل فيها ذلك وإلا فوجهان وهو ظاهر كلامه في الفروع. قال في القاعدة الثمانين: هل هذه الأشياء كالشجر أو كالزرع؟ فيه وجهان. إن قلنا: كالشجر انبنى على أن الشجر: هل يدخل في بيع الأرض مع الاطلاق أم لا؟ وفيه وجهان. وإن قلنا: هي كالزرع لم يدخل في البيع وجها واحدا. وقيل: حكمها حكم الشجر في تبعيته الأرض وهي طريقة ابن عقيل والمجد. فقيل يتبع وجها واحدا بخلاف الشجر وهي طريقة أبي الخطاب، وصاحب المغني. وكذا الحكم لو كان مما يؤخذ زهره ويبقى في الأرض كالبنفسج والنرجس والورد والياسمين ونحوه فان تفتح زهره فهو للبائع ومالم تتفتح فهو للمشتري على الصحيح، ويأتي على قول ابن عقيل التفصيل».

ويقول المقدسي في القطن والباذنجان الذي تبقى أصوله: «والقطن ضربان. أحدهما: ماله أصل يبقى في الأرض أعواما فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح افراده بالبيع، واذا بيعت الأرض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالطلع ان تفتح فهو للبائع، والا فهو للمشتري ... والباذنجان الذي تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر». الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥. وانظر المغني، جـ٤، ص ٢٢١.

وفي قواعد ابن رجب، ص ١٦٥ القاعدة/ ٨٠: «ماتكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر فيه وجهان، وينبني على ذلك مسائل. منها: إذا باع الأرض وفيها هذه الأصول فان قلنا هي كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الاطلاق أم لا؟ وفيه وجهان. وان قلنا هي كالزرع لم تدخل في البيع وجها واحدا. وللأصحاب في المسألة أيضا طريقتان.

احداهما: أن حكمها حكم الشجر في تبعيته الأرض وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المحرر. والثانية: أنها تتبع وجها واحدا بخلاف الشجر لأن تبقيتها في الأرض معتاد ولايقصد نقلها وتحويلها فهي كالمنبوذات، وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب المغني. وعلى ماقررناه أولا: يخرج فيها طريقة ثالثة أنها لاتتبع وجها واحدا كالزرع». وهل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا؟ ان الحقناها بالشجر تكرر حملها جاز فيه، صرح القاضي وابن عقيل في موضع، وفرقا في موضع آخر بين مايتباقى منها سنين كالقطن الحجازي فيجوز بيع أصوله ومالايتباقى الا سنة ونحوها لايجوز بيعه إلا بشرط القطع الا أن تباع معه الأرض كالزرع. ورجح صاحب التلخيص أن المقاثي ونحوها لايجوز بيعها إلا بشرط القطع فانها مع أصولها معرضة للآفات كالزرع وهو مقتضى كلام الخرقي وابن أبي موسى. قواعد ابن رجب السابق.

للمشترى إلا إن اشترطه البائع أو جرى به عرف وهو قول الجمهور. قال به المالكية[١]، والظاهرية[٢]، وبه قال بعض مشايخ الحنفية فى أصل القطن فى مقابل الصحيح، وهو القول الصحيح عندهم فى أصل الكرات ونحوه، وهو الصحيح عندهم فى الباذنجان والخلاف ونحوهما، وباتفاق فى القصب[٣]. وبدخول أصل هذا النوع من الزرع فى بيع الأرض قال الشافعية فى المذهب والصحيح، ومثلهم الحنابلة وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب المغنى.

فعند الشافعية: أن مايتكرر ثمره بأن كان يؤخذ مرة بعد أخرى فى

---

(١) جاء عندهم: «والخلفة بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام وبالفاء: وهى مايخلف الزرع بعد جزه فلاتدخل فى بيع الأصل كالبرسيم والقصب وليس للمشتري إلا ماوقع عليه البيع من الأصل إلا لشرط»
قال الصاوى: «إلا لشرط أو عرف. وقوله القصب: أي الحلو أو الفارسى فإن كلا له خلفة» قال: «ويجوز اشتراط الخلفة بأربعة شروط. أن تكون مأمونة كبلد سقى بغير مطر، وأن يشترط جميعها، وألا يشترط تركها حتى تحبب، وأن يبلغ الأصل حد الانتفاع به لاشتراط هذين الشرطين فى الأصل ففى الخلفة أولى. وهذه الشروط معتبرة إذا اشترطت الخلفة مع شراء أصلها، وأما شراؤها بعد شراء أصلها وقبل جذه فانما يعتبر الشرط الأول كذا فى عبد الباقى، ورده البنانى قائلا: هذا غير صحيح بل لابد من اشتراط جميعها سواء اشتريت مع أصلها أو بعد شراء أصلها».
أنظر الشرح الصغير على أقرب المسالك، ومعه حاشية الصاوي والتعليق الحاوي على شرح الصاوي لابن ابراهيم المبارك، جـ٤، ص ٣٠٤ ، ٣٠٥.

(٢) هذا هو الذي فهمته من نص ابن حزم حيث قيد عدم دخول الزرع فى البيع بقوله «الذي يقلع ولاينبت» وما معنا يراد للبقاء. يقول ابن حزم: «ومن اشترى أرضا فهى له بكل مافيها من بناء قائم وشجر نابت ... ولايكون له الزرع الذي يقلع ولاينتب بل هو لبائعه». المحلى، جـ٧، ص ٥٩٨ ، مسألة ١٥٣٩ ، ولم يذكر ابن حزم أكثر من هذا فيما قرأته فى المحلى.

(٣) وأستطيع أن أقول: أن الاتجاه العام عند الحنفية هو القول بدخول أصل هذا النوع فى بيع الأرض فعندهم أنواع متفق على دخولها، وأنواع مختلف فيها والمختلف فيه الغالب تصحيح الدخول. يؤيد ذلك ماجاء فى المحيط: «كل ماله ساق ولايقطع أصله كان شجرا يدخل تحت بيع الأرض بلا ذكر، ومالم يكن بهذه الصفة لايدخل بلا ذكر لأنه بمنزلة الثمرة»، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٧.

سنتين فأكثر بل وأقل من ذلك[١]، كما قال جماعة منهم الروياني ونقله عن نص الأم[٢]، وقال الأذرعي انه المذهب[٣] كالهندباء والقطن الحجازى[٤]، والنرجس والبنفسج[٥]، أو كان يجز مرارا كالكرات والنعناع والقصب الفارسى[٦] والقت، والقضب، والبطيخ والقثاء. ففي هذا ونحوه أصوله للمشتري كالشجر فتدخل فى بيع الأرض عند الاطلاق[٧].

يقول الهيتمي: «وأصول البقل التى تبقى فى الأرض سنتين كالقت

(١) سواء أبقى سنة فقط أم أقل كالهندباء. الرملى على الأسنى، جـ٢. ص ٩٧ .
قال الهيتمي: «التقييد بالسنتين هو للغالب وإلا فالعبرة ببقل يؤخذ هو أو ثمرته مرة بعد أخرى وإن لم يبق فيها إلا دون السنة كالقت ونحوه»، تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٠، أي لأن الحكم دائر مع كونه يجز مرة بعد أخرى، أو تؤخذ ثمرته أو أغصانه وليس شجرا مرة بعد أخرى. قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ . وحاشية الشروانى على التحفة السابق.

(٢) ونص الأم: «وما كان من الشجر يثمر مرارا فهو كالأصل الثابت يملك بما تملك به الأرض»، الأم، جـ٣، ص ٤٦ مجلد/ ٢ . وفى ص٤٧: «وإن كانت تجز جزة واحدة ثم تنبت بعدها جزات فحكمها حكم الأصول تملك بما تملك به الأصول من شراء رقبة الأرض».

(٣) وجزم به في الأنوار. الرملى على الأسنى، جـ٢. ص ٩٧.

(٤) خرج بالحجازى قطن خراسان وبغداد فحكمه حكم الزرع. الرملى السابق والحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩ ، ٢٠٠ . أي قطن خراسان وبغداد لايدخل فى بيع الأرض لأنه يؤخذ مرة واحدة. وقطن مصر كذلك كما هو مشاهد.

(٥) وحكى النووى وجها فى النرجس والبنفسج أنها كالزرع الذي يؤخذ مرة واحدة فلا تدخل فى البيع. أنظر نص الروضة السابق بهامش القول الأول.

(٦) أما قصب السكر وهو القصب الحلو فهو كالزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة فلا يدخل فى بيع الأرض. ومن ثم فان القصب الفارسى هو المقصود فى الأم من قولها: «فأما القصب فاذا باعه أرضا فيها قصب قد خرج من الأرض فلمالكه من القصب جزة واحدة وليس له قلعه من أصله لأنه أصل. وكل مايجز مرارا من الزرع فمثل القصب فى الأصل والثمر ماخرج لايخالفه». الأم، جـ٣، ص ٤٥ مجلد/٢.

(٧) أنظر أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ٩٧ . فقد ذكر الشيخ زكريا الأنصارى القول الصحيح فى المذهب ولم يذكر الخلاف، وإنما الذى ذكر الخلاف كما تقدم بهامش القول الأول هو الامام النووى فى الروضة، وجلال المحلى فى شرحه.

والهندباء والقصب الفارسي، والسُّلق المعروف ومنه نوع لايجز إلا مرة[١]، والقطن الحجازى، والنعناع والكرفس والبنفسج والنرجس والقثاء والبطيخ وإن لم يثمر اعتبارا بما من شأنه كالشجر فيدخل فى نحو البيع»[٢].

وفى البيان: «وإن باع أرضا وفيها نبات غير الشجر فان كان له أصل يبقى السنتين والثلاث ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة وهو القصب الفارسي والنعنع والهندباء والبطيخ والبنفسج والنرجس فان الأصل يدخل فى البيع ... وإن باع أرضا وفيها زرع ظاهر فان كان يجز مرة بعد أخرى دخل الأصل فى بيع الأرض ... وكذلك الكرات إذا بيعت الأرض التى هي به فان أصل الكرات يدخل فى البيع ...»[٣].

وعند الحنابلة: أنه إن باع أرضا وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالأصول للمشترى سواء كان مايبقى سنة كالهندباء والبقول، أو يبقى أكثر كالرطبة[٤]، وكذلك إذا كان الزرع مما تتكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشتري.

وإن كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه فى الأرض كالبنفسج والنرجس

(١) تقدن حكمه فى الزرع الذى يؤخذ مرة واحدة، والمذكور هنا هو النوع الذي يجز أكثر من مرة. حاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٤٠.

(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٠.
ويقول الشيرازى فى المهذب، جـ١، ص ٢٨٠: «وإن باع أرضا وفيها نبات غير الشجر فان كان مماله أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندباء والبطيخ والقثاء دخل الأصل فى البيع ...».
وفى الأم، جـ٣، ص ٤٦ مجلد/٢: «والقصب والقثاء وكل ماكان يصرم مرة بعد الأخرى من الأصول فللمشترى ملكه كما يملك النخل إذا اشترى الأصل».
وفى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ١٩٩: «فاذا كان القطن فى بلاد يكون شجرا كان منزلا فى أصوله تنزيل النخل لأنه فى كمام ينشق عنه. وانظر نفس المرجع، ص ٢٠٢. وانظر تتمة الابانة، جـ٤، ص ١٦٠، ١٦١.

(٣) البيان للعمرانى، جـ٤، ورقة ٧٣.

(٤) الرطبة بفتح الراء: هى القضب، فاذا يبست فهي قت. كشاف القناع، جـ٣، ص٢٧٧.

فالأصول للمشتري، وكذلك أوراقه وغصونه لأنه لايقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه هذا هو المذهب والأصح[١].

الأدلـــــة:

دليل القول الأول: استدل من قال بعدم دخول أصل هذا النوع من الزرع فى بيع الأرض بالقياس على الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة فان الزرع لايراد للبقاء فلا يدخل إلا بشرط أوعرف[٢]، وبأن الزرع ليس جـزءا من الأرض بخلاف البناء والشجر[٣].

واستدل بعضهم بنفس الأدلة التى استدل بها على عدم تبعية الشجر

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢١٤ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤ . وانظر الانصاف، جـ٥، ص ٥٨ . وقد سبق نصه بهامش القول الأول.
فى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧: «وإن كان فى الأرض المبيعة زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول كالنعناع والشمر والكراث وسواء كان الزرع المذكور مما يبقى فى الأرض سنة كالهندباء أو أكثر من سنة كالرطبة أو كان بالأرض زرع تتكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان، أو كان بالأرض ماتتكرر زهره كالبنفسج والنرجس والورد والياسمين ونحوها كبان، فالأصول من جميع ذلك للمشتري، وكذا أوراقه وغصونه فهو كورق الشجر، وأغصانه للمشتري لأنه من أجزائه ...».
وانظر الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٦.
والقصب الفارسي وهو البوص للبائع لأن له وقتا يقطع فيه إلا أن العروق تكون للمشتري لأنها تترك فى الأرض للبقاء فيها. وأما قصب السكر والجوز فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع على الصحيح من المذهب. ويحتمل أن يكون كالقصب الفارسي لأنه يؤخذ سنة بعد سنة.
المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥ ، الانصاف، جـ٥، ص ٥٨. وانظر نصه بهامش القول الأول، وانظر. كشاف القناع، جـ٣ ، ص ٢٧٧ ، والقت عندهم فيه وجه أنه كالزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة فلا يدخل والصحيح أنه يدخل لأنه يؤخذ أكثر من مرة. الانصاف، جـ٥، ص ٥٨ ، وانظر نص القواعد لابن رجب بهامش القول الأول.

(٢) انظر القواعد لابن رجب، ص ١٦٥ القاعدة/ ٨٠ . وراجع ماسبق فى أدلة الفرع الأول: «موقف الفقهاء من تبعية الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة للأرض فى البيع».

(٣) شرح الخرشي وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨١ . جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧١.

للأرض فى البيع حيث اعتبر هذا النوع كالشجر فيأخذ حكمه وقد مضت هذه الأدلة ومناقشتها[١].

دليل القول الثاني: استدل من قال بدخول أصل هذا النوع من الزرع فى بيع الأرض عند الاطلاق بالقياس على الشجر. فالشجر يراد للبقاء والدوام فيدخل فى بيع الأرض، وهذا النوع من الزرع يشبه الشجر فى هذا فتدخل أصوله في البيع. وأيضا فان العادة جرت فى هذا النوع من الزرع بأخذ ماظهر منه مع تبقية أصله فتدخل أصوله فى البيع.

ومن نصوص الفقهاء فى هذا الآتى:

«أن هذه الأصول تراد للبقاء فهي كالشجرة»[٢]. «لأن ذلك مماتتكرر الثمرة فيه فأشبه الشجر». «ولأن البنفسج والنرجس ونحوهما جعل فى الأرض للبقاء فيها فهو كالرطبة»[٣]. «أنها تتبع وجها واحدا بخلاف الشجر[٤] لأن تبقيتها فى الأرض معتاد ولايقصد نقلها وتحويلها فهى كالمنبوذات وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب المغنى»[٥]. «هذه المذكورات تراد للثبات والدوام فتدخل، وأما غيرها أي غير أصول البقل المذكورة من أصول مايؤخذ دفعة واحدة فكالجزة أي فلا تدخل»[٦].

الراجح: والراجح فى نظرنا هو القول الثانى فتدخل أصول هذا النوع من الزرع فى بيع الأرض لأنه بالشجر أشبه[٧].

---

(١) راجع أدلة القول الأول ومناقشتها فى الفصل الأول، المبحث الأول «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع».

(٢) الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٦ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧.

(٣) المغنى، جـ٤، ص ٢١٤، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤ . كشاف القناع السابق.

(٤) هذا النص لابن رجب الحنبلى لاحدى الطرق الثلاث فى مذهبه التى تمنع الخلاف هنا وتقره فى الشجر. القواعد، ص ١٦٥ ، القاعدة/ ٨٠.

(٥) المصدر السابق.

(٦) الشروانى على تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٠.

(٧) وهو مارجحناه فى «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض فى البيع».

س - اذكر مثالا للزرع الذي يؤخذ أكثر من مرة ثم اذكر مع الدليل والترجيح موقف الفقهاء من تبعية ثمرة هذا النوع للأصل في البيع.

الغصن الثاني

مدى تبعية ثمرة هذا النوع من الزرع للأصل في البيع

إذاكان الزرع الذى تتكرر ثمرته مثمرا عند البيع فهل تدخل ثمرته فى البيع؟.

أقول: اتفق الفقهاء على أنه إن كان شرطا أو عرفا عمل به. ثم اختلفوا عند الاطلاق فى البيع على قولين كاختلافهم فى أصل شجرته.

القول الأول: لاتدخل فى البيع عند الاطلاق وبه قال الحنفية[١]، وهو قول المالكية فى الخلفة[٢]، وهو وجه عند الحنابلة لابن عقيل[٣]، ووجه عند الشافعية قال به البصريون فى ثمرة البطيخ والخيار والقثاء وكل ماتؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى فى عام واحد لأنه زرع عام واحد[٤].

القول الثانى: ماظهر من الثمر وماتفتح لايدخل فى البيع عند الاطلاق وانما هو للبائع إلا ان اشترطه المشترى. أما الثمرة الكامنة والجزّة غير

(١) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي، جـ٤، ص ١١ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ . وراجع نصوصهم بهامش القول الأول فى الغصن الأول.

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ . وراجع نصوصهم بهامش القول الثانى فى الغصن الأول.

(٣) المغنى، جـ٤، ص ٤١٤ ، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ . الانصاف، جـ٥، ص ٥٨.

(٤) جاء فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ : «فأما البطيخ والخيار والقثاء وما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى لكن فى عام واحد فقد اختلف أصحابنا فى حكمه إذا بيعت الأرض وهو فيها على وجهين: أحدهما: وهو قول البغداديين إنه يكون فى حكم الشجر فيكون للبائع من ثمرته ماقد ظهر وللمشتري الأصل الباقى ومايظهر. لأن ثمرته لاتوجد دفعة فصار بالشجر أشبه، والوجه الثانى: وهو قول البصريين: انه يكون فى حكم الزرع فيكون للبائع أصله وثمره لأنه زرع عام واحد وإن تفرق لقاط ثمره، والشجر مابقى أعواما فألحق به فى الحكم مابقى أعواما كالعلف ولم يلحق مالم يبق إلا عاما واحدا كالزرع».

الموجودة فتدخلان في البيع فتكون للمشتري إلا ان اشترطها البائع. وبه قال الشافعية ويؤمر البائع بأخذها في الحال في أحد الوجهين لأن الزيادة بعد العقد تكون للمشتري فيحدث الاختلاط ويتعسر التمييز. وبه قال البغداديون منهم في ثمرة البطيخ والخيار والقثاء وكل ماتؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى لكن في عام واحد لأن جذته لاتوجد دفعة فصار بالشجر أشبه(١).

(١) وقول البغداديين هذا هو أحد وجهين في ثمرة البطيخ ونحوها، أنظر نص الحاوي السابق، وفي الأسنى، جـ٢، ص ٩٧: «... أما ثمرته فان كانت ظاهرة فهي للبائع ولاتدخل في البيع بخلاف الكامنة لكونها كجزء من الشجرة فدخلت معها في بيع الأرض وكذا الجزة الموجودة عند بيع الأرض المشتملة على مايجز مرارا كالرطبة فهي للبائع بخلاف غير الموجودة».
قال الرملي في حاشيته على الأسنى: «وفرق بينها وبين مسألة ثمرة النخل المبيع بأن الطلع له أمد ينتهي إليه ولاأمد للرطبة وبأنه لامنفعة للمشتري في قطع الثمرة وللبائع منفعة في ترك قطعها، والرطبة في قطعها فائدة للمشتري، وفي ترك قطعها فائدة للبائع».
وفي المهذب، جـ١، ص ٢٨٠: «... وماظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار».
وفي الروضة، جـ٣، ص ١٩٦: «ماتؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر كالقطن الحجازي والنرجس والبنفسج فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع، وما يجز مرارا كالقت والقصب والهندباء والنعنع والكرفس فتبقى جزتها الظاهرة عند البيع للبائع».
وانظر. تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٤٠ . شرح جلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ . وعن القطن الذي من هذا النوع يقول الماوردي في الحاوي الكبير، جـ٦، ص ١٩٩: «أما الكرسف فهوالقطن بلغة الحجاز وهو بالبصرة ومصر وأطراف اليمن والحجاز شجر يلقط عاما بعد عام ويكون في سائر البلاد زرعا يحصد في كل عام فتكلم الشافعي رحمه الله على حكمه في بلاده. فاذا كان القطن في بلاده يكون شجرا كان منزلا في أحواله تنزيل النخل لأنه في كمام ينشق عنه، فاذا بيع شجر القطن مع الأرض أو مفردا عن الأرض وكان حمله ساقطا أو وردا أو جوزا منعقدا فهو للمشتري تبع لأصله كثمر النخل إذا كان طلعا لم يؤبر، وان كان جوزه قد تشقق وقطنه قد ظهر فهو للبائع لايتبع أصله كثمر النخل إذا أبر».
وعن بيع الأرض وفيها نبات غير الشجر كالقصب الفارسي والرطبة والنعنع والهندباء والبطيخ والبنفسج والنرجس ونحو ذلك مما يبقى أصله السنتين والثلاث ويجز مرة بعد أخرى يذكر العمراني أن أصله يدخل في البيع عند الاطلاق ثم يقول في ثمرته: «فان كان قد نبت منه شئ حال البيع فان النابت منه يكون للبائع كالطلع المؤبر، وإن لم يكن نابتا حال العقد فلا حق للبائع فيه بل ذلك للمشتري كالطلع إذا لم يؤبر». (=)

(=) وعن بيع الأرض وفيها زرع ظاهر يجز مرة بعد أخرى كالكراث يذكر أن أصله يدخل في البيع عند الاطلاق، أما ماظهر منه فيقول: «وما ظهر حال العقد فهو للبائع وماظهر بعد العقد للمشتري، وكذلك الكراث إذا بيعت الأرض التي هي به فان أصل الكراث يدخل في البيع وما كان ظاهرا حال العقد لايدخل في البيع إلا بعد الشرط. ويؤمر البائع بأخذها في الحال لأن الزيادة بعد العقد تكون للمشتري». البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.
وفي الأم، جـ٣، ص ٤٦ مجلد/٢: «وإن باعه وقد صلح وقد ظهر ثمره فيه فثمره للبائع إلا أن يشترطها المبتاع كما يكون النخل الملقح». وفي، ص ٤٦، ٤٧: «والقصب والقثاء ... وماخرج فيه من ثمرة مرة فتلك الثمرة للبائع وما بعدها للمشترى فأما القصب فللبائع أول صرمة منه، ومابقي بعدها للمشترى. فعلى هذا، هذا الباب كله وقياسه، وهكذا البقول كلها إذا كانت في الأرض فللبائع منها أول جزة ومابقي للمشترى وليس للبائع أن يقلعها من أصولها.
وفي الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢٠: «... وضرب يجز مرارا وهو باقي الأصل كالقت والأشنان وأنواع من البقول. فاذا بيعت أرض فيها منه كان ماظهر من نباته غير داخل في البيع، وكان الأصل الباقي تبعا للأرض كالنخل والشجر ....».
وقبل ذلك في ص ٢٠٢ جـ١: «... وضرب آخر: يجز مرارا ويستخلف كالعلف، وهو القت، وأنواع من البقول فيكون ماطلع منه وظهر للبائع لايتبع الأصل، وهل ينتظر بها طلع تناهي جذاذه أم لا؟ على وجهين.
أحدهما: ينتظر به تناهي جذاذه فاذا بلغ الحد الذي جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع، ويكون مابعد تلك الجذة بكمالها للمشري، وهذا قول من زعم أن ماأطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر. والوجه الثاني: أنه لاينتظر به كمال جذاذه بل يكون للبائع ماظهر منه وإن لم يستكمل ويؤمر بجذاذه وإن لم يستكمل، ويكون الأصل الباقي وما استخلف طلوعه من بعد العقد تبعا للأصل. وهذا قول من زعم أن ماأطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشترى ولايكون تبعا لما أطلع فيه وأبر».
ولاحظ ماسبق في الباب الأول في الطلع الحادث بعد بيع النخل وفي هذا يقول المتولي في تتمة الابانة، جـ٤، ص ١٦٠، ١٦١: «وأما الفروع فان كانت مجذوذة في الوقت فالظاهر أنها تبقى على ملك البائع بخلاف الشجر يدخل في العقد عروقه وفروعه. والفرق أن البقل لايراد للدوام وهو نماء ظاهر فصار كالثمرة المؤبرة، وأما الشجرة تراد للدوام والتأبيد فاستوى فروعها وأصلها وصار الجميع للمشترى». ويقول: «جرت العادة بقطع القصب كل سنة وكذا أغصان الخلاف وإذا باع أرضا وفيها قصب وأشجار الخلاف فالحكم فيها على ماذكرنا فتدخل عروقها في العقد دون الظاهر إلا أنه يفارق الزرع في شئ وهو أنه اذا كان الظاهر من القصب مما لايمكن الانتفاع به إذا قطع في الحال لايكلف القطع حتى يبلغ حدا يصلح للانتفاع كالثمار على الشجرة». (=)

والصحيح[١].

الراجـــــح:

والراجح فى نظرنا هو القول الثانى للآتى:

١- أن الثمرة الكامنة، والجزة غير الموجودة كالجزء من الزرع فتدخل بخلاف الثمرة الظاهرة والجزة الموجودة فلاتدخل إلا بالشرط[٢].

٢- القياس على ثمر النخلة إذا بيعت فان ماأبر للبائع ومالم يؤبر للمشتري. وعلى غير النخل من الشجر فان ماظهر وانعقد من ثمارها للبائع ومالم يظهر للمشتري إلا ان كان شرط بخلافه فيعمل بالشرط عملا بحديث

(=) وعن الأثر المترتب على أن الظاهر للبائع يقول المتولي: «لو أخر قطعه حتى مضى زمان يزداد فيه الزرع فالزايد ملك المشترى وقد اختلط بالباقى على ملك البائع والحكم فيه كالحكم فيما لو باع شجر يثمر مرة بعد مرة فحدثت ثمرة أخرى وقد مرت المسألة».
أقول سبق ذلك فى الباب الأول فى حكم الطلع الحادث بعد البيع.

(١) فى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧: «والجزة واللقطة الظاهرتان والزهر الظاهر منه وهو الذى تفتح للبائع ونحوه إلا أن يشترط المبتاع ونحوه فيكون له عملا بالشرط».
وانظر. الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٦ ، المغنى، جـ٤، ص ٢١٤ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .
وفى الانصاف، جـ٥، ص ٥٨: «والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء والباذنجان للبائع، هذا المذهب ... ولو كان مما يؤخذ زهره ويبقى فى الأرض كالبنفسج والنرجس والورد والياسمين ونحوه فان تفتح زهره فهو للبائع ومالم تتفح فهو للمشتري على الصحيح، ويأتى على قول ابن عقيل التفصيل.
وفى المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥: «والقصب الفارسى للبائع لأنه له وقتا يقطع فيه إلا أن العروق تكون للمشترى لأنها تترك فى الأرض للبقاء فيها والقصب نفسه كالثمرة، وإن لم يظهر منه شئ فهو للمشترى».
ويقول المقدسى فى ثمرة القطن الذى يبقى أصله أكثر من سنة: «... فهذا حكمه حكم الشجرة فى أنه يصح افراده بالبيع، وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل فى البيع وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشترى». الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٤٤ ، والمغنى، جـ٤، ص ٢٢١.
ويصح بيع الأصول التى تتكرر ثمرتها كالقثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه من غير شرط القطع. ذكره القاضى. وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ولافرق بين كون الأصول صغارا أو كبارا مثمرة أو غير مثمرة لأنه أصل فيه الثمرة فأشبه الشجر. فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة إلى حين بلوغها إلا أن يشترطها المبتاع. انظر المغنى، جـ٤، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٢٢ ، ٢٢٣.

(٢) الشروانى على تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٠ ، أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٧.

رسول الله - ﷺ -: «من باع نخلا مؤبرا فثمرته للبائع إلا ان اشترطها المبتاع»(١).

قال في الروض: «لأنه كالثمر المؤبرة وإذا اشترط ذلك صح الشرط وكان له كالثمر المؤبر إذا اشترطه مشترى الجزة»(٢).

وفى كشاف القناع: «لأنه يجنى مع بقاء أصله أشبه ثمر الشجر المؤبر إلا أن يشترطه المبتاع ونحوه فيكون له عملا بالشرط»(٣).

وفى الأم: «وإن باعه وقد صلح وقد ظهر ثمره فيه فثمره للبائع إلا أن يشترطها المبتاع كما يكون النخل الملقح»(٤).

فإن قيل: هلا كان الظاهر من هذا الزرع داخلا فى البيع فيكون للمشترى قياسا على فروع الشجر وعروقه؟ أجيب بالفارق بينهما، والفرق أن البقل لايراد للدوام وهو نماء ظاهر فصار كالثمرة المؤبرة، وأما الشجر يراد للدوام والتأبيد فاستوى فروعها وأصلها وصار الجميع للمشتري(٥).

هذا وقد ذهب بعض الأصحاب من الشافعية أن النرجس يكون للمشتري بكل حال ورده الشيخ أبو حامد: «قال الشيخ أبو حامد: ومن أصحابنا من قال: النرجس يكون للمشترى بكل حال. قال: وهذا كلام من لم يعرف النرجس وذلك أن النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وإنما تحول من موضع فى كل تسع سنين لمصلحه»(٦).

(١) راجع الحديث ومايتعلق به فى الباب الأول. الفصل الأول والثانى.

(٢) الروض المربع، جـ٢، ص ١٢٦.

(٣) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، وانظر المغنى. جـ٤، ص ٢٢٧ . وانظر المغنى، جـ٤، ص ٢١٤ ، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤.

(٤) الأم، جـ٣، ص ٤٦، مجلد/٢ ، وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ ، تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠ ، ١٦١ ، البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

(٥) تتمة الابانة السابق، ص ١٦٠.

(٦) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

كما أن الراجح فى ثمرة البطيخ والخيار ونحوهما وكل ما تؤخذ ثمرته مرة بعد اخرى فى عام واحد هو قول من قال أنها كثمر الشجر وهو قول البغداديين من الشافعية وأعطوها الحكم المذكور فى القول الثانى لأن هذه الثمرة لاتؤخذ دفعة فصار بالشجر أشبه.

س - باع أرضا وبها زرع وهذا الزرع للبائع فهل يجبر البائع على قطع هذا الزرع؟ ناقش ذلك فى ضوء أقوال الفقهاء وأدلتهم مع المناقشة والترجيح.

المطلب الثانى

موقف الفقهاء من جبر البائع على قطع الزرع إن كان له

أقول: هذه المسألة تثار فى بيع الأرض وبها زرع عندما يكون الزرع للبائع كأن يكون قد اشترطه، أو يكون على حالة تجعله له على النحو الذى قدمناه عن الفقهاء. ومن ثم فانه يثور سؤال مفاده: هل يجبر البائع على قطعه فى الحال ليخلي بين الأرض ومشتريها؟ أم يبقى الزرع إلى أجل معين كوقت الحصاد؟ وفى حالة الابقاء هل يبقى بأجرة أم يبقى مجانا؟ وهل على البائع تسوية الأرض بعد أخذ زرعه إن أحدث بقلعة حفرا؟

وللأجابة علي كل هذا فانه يلزم بيان قول الفقهاء. وللفقهاء قولان فى الجبر على القطع.

القول الأول: يترك الزرع حتى يستحصد أي حتى أوان حصاده إن لم يشترط القطع(١)، وبه قال المالكية(٢)، والشافعية(٣).

(١) هذا القول نقله بعض الحنفية عن الأئمة الثلاثة: «وقال الشافعي ومالك وأحمد يترك الزرع حتى يستحصد» الهداية وفتح القدير وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، ونقله منهم أيضا الزيلعى والكاسانى عن الشافعى. تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ ، ونقله صاحب مجمع الأنهر فى جـ٤، ص ١٦ . والنقل صحيح.

(٢) فعند المالكية: «للبائع والمشتري إذا كان الأصل لأحدهما والثمر للآخر أو بينهما: السقى إلى الوقت الذي جرت العادة بجز الثمرة فيه». الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٣ ، ١٧٤. وانظر الدسوقى على الشرح السابق، وشرح الخرشى وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٣.

(٣) فى البيان،جـ٤، ورقة٧٣: «للبائع أن يبقى هذا الزرع فى الأرض إلى أن يستحصد». (=)

والحنابلة(١)، وهو قول للاباضية(٢).

والابقاء إلى أوان الحصاد إنما في زرع العادة فيه الابقاء(٣). وقال ابن

(=) وفي حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٩: «... لم يجب قطعه».
وفي الحاوي، جـ٦، ص ٢١٨: «... فللبائع ترك الزرع في الأرض إلى وقت حصاده كما يكون له ترك ما أبر من الثمر إلى وقت جداده».
وفي التتمة،جـ٤، ورقة ١٥٩ ، ١٦٠: «... إذا صححنا البيع في الأرض دون الزرع فلا يكلف البائع قلع الزرع وقطعه ولكن يبقى إلى وقت الادراك عندنا. وعند أبي حنيفة يكلف القطع لكي لايتأخر تسليم المبيع».
وفي الروضة، جـ٣، ص ١٩٦ ، ١٩٧: «لايؤمر البائع بقطع زرعه في الحال بل له تركه إلى أوان الحصاد فعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ وعليه تسوية الأرض وقلع العروق التي يضر بقاؤها الأرض كعروق الذرة تشبيها بما إذا كان في الدار أمتعة لايتسع لهاباب الدار فانه ينقض وعلى البائع ضمانه».
وفي الأسنى، جـ٢، ص ٩٦: «ويترك الزرع إلى أول إمكان الحصاد دون نهايته».
وانظر. شرح المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، الأم، جـ٣، ص ٤٤ مجلد/ ٢.

(١) في المغني، جـ٤، ص ٢١٣: «إذا كان الزرع الذي يحصد مرة واحدة للبائع فهو مبقى في الأرض المبيعة إلى حين الحصاد ... وعليه حصاده في أول وقت حصاده وإن كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة».
وانظر الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ ، الانصاف، جـ٥، ص ٥٨ ، ٥٩ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ٢٥.

(٢) في شرح النيل جـ٨، ص ١٥٣: «وجاز استثناء تسمية من ثمار أو زرع كالنصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك» وفيه «والمعلوم جائز الاستثناء كبيع ارض معينة إلا زرعها بأن يكون قد أدرك. وقيل: هو للمشتري ولو أدرك إن لم يستثن وإلا لم يجز استثناؤه إلا على القطع. وإن استثناه وتركه حالل المشتري، وإن أذن له في تركه جاز تركه،وإن اعتيد استثناؤه على ترك حتى يدرك فعلى مااعتيد».
وانظر. نتائج الأقوال، جـ٢، ص ٥٣ ، الجامع لابن بركة، جـ٢، ص ٣٢٩ وما بعدها، ص ٣٧٨.

(٣) الرملي على الاسنى، جـ٢، ص ٩٧: «الزرع يترك إلى أوان الحصاد إلا ان جرت العادة بأخذه قصيلا رطبا فانه يلزمه قطعه». الرملي السابق، شرح جلال المحلي وحاشية قليوبي، جـ٢، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧.

حزم: إلى أول حدود الانتفاع به فى وجه ما(١).

القول الثانى: يجبر البائع على القطع فى الحال عند وجوب التسليم بنقد المشترى الثمن فان لم ينقده فلا جبر. فان انقده فانه يقال له: اقطع وسلم المبيع وبه قال الحنفية(٢)، وهو قول للاباضية(٣)، إلا ان رضى

(١) جاء فى المحلى، جـ٧، ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ مسألة، ١٤٥٢: «... وكذلك القول فيمن باع أرضا وفيها بذر له ونوى ولم يبع البذر ولا النوى فليس لمشترى الأرض أخذه بقلع ذلك إلا حتى يصير النبات فى أول حدود الانتفاع به فى وجه ما ، فليس له حينئذ أن يشغل ارض غيره، ولا شجر غيره، بمتاعه بغير إذن صاحب الأصل». وانما جاز الابقاء إلى أول حدود الانتفاع به فى وجه ما ، لأنه قبل ذلك سيكون فيه اضاعة المال، وقد نهى الرسول - ﷺ- عن اضاعة المال. انظر المحلى السابق.

(٢) فى البدائع، جـ٥ ، ص ١٦٦: «ثم إذا لم يدخل الزرع بنفس البيع يجبر البائع علي قطعه وليس له أن يتركه إلى وقت الاستحصاد».
وفى شرح فتح القدير، جـ٥ ، ص ٤٨٦: «إذا كان فيها زرع للبائع يقال له: اقلعه وسلم المبيع».
وفى الدر المختار: «(ويؤمر البائع بقطعهما) الزرع والشمر (وتسلم المبيع) الأرض والشجر عند وجوب تسليمهما فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به، خانية (وإن لم يظهر) صلاحهما. ومافى الفصولين: باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها محمول على ما إذا رضى المشترى. نهر.
قال ابن عابدين: «قوله: ويؤمر البائع بقعطهما) أى فيما اذا باع أرضا فيها زرع لم يسمه، أو شجرا عليها ثمرلم يشترطه حتى بقى الزرع والثمر على ملك البائع. (قوله: عند وجوب تسليمهما) أى تسليم الأرض والشجر وذلك عند نقد المشترى الثمن (قوله: لم يؤمر به) أى بالقطع لعدم وجوب التسليم. (قوله: محمول على ما إذا رضى المشترى) أى رضى بابقاء الزرع بأجر مثل الأرض وإلا أمر البائع بالقلع توفيقا بين كلامهم. حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٩.
وهذا بخلاف عقد الاجارة إذا انقضت مدتها. قال فى البحر: «وأما إذا انقضت المدة فى الاجارة فللمستأجر أن يبقى الزرع بأجر المثل إلى انتهائه لأنها للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع» ، نقله ابن عابدين فى حاشيته السابقة عن البحر. وانظر الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦. مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦ . الاختيار، جـ٢، ص ٥ . تبيين الحقائق، جـ٤، ص١١، وحكاه العمرانى فى البيان، جـ٣، ورقة٧٣، والشاشي فى الحلية، جـ٢، ص ٥٤٩. والمتولى فى التتمة، جـ٤، ورقة ١٦٠ . والماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص٢٠٢ ، وابنا قدامة فى المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ،والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥.

(٣) أنظر نص الاباضية بهامش القول الأول.

المشتري بتركه[١]، وبالجبر على القطع قال صاحب المبهج من الحنابلة وعده وجهـا إلا أن يستأجر الأرض فان استأجرها فلا جبر. ولكن ابن رجب فى قواعده قال: هو غريب جدا مخالف لما عليه الأصحاب[٢]، وقول صاحب المبهج يتفق مع قول صاحب الفصولين وغيره من الحنفية[٣].

الأدلـــــة:

دليل القول الأول: استدل الجمهور على عدم جبر البائع على القطع حتى أول إمكان الحصاد إن لم يكن شرط بخلافه بالآتى:

١- أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع دارا فيها طعام فانه لم يجب نقله إلا على حسب العادة فى ذلك وهو أن ينقله نهارا شيئا بعد شئ ولايلزمه النقل ليلا ولاجمع دواب البلد لنقله. كذلك ههنا تفريغ الأرض من الزرع فى أوان تفريغها وذلك أوان حصاده والعرف كالشرط[٤].

قال فى البيان: «دليلنا هو أن من ابتاع شيئا مشغولا بحق البائع فان

---

(١) انظر النص المشار إليه للاباضية. وعند الحنفية يقول الكاساني: «وليس له تركه بأرض المشتري إلا برضاه ولو تركه فى الأرض إلى أن استحصد فان كان الترك باذن المشتري طاب له الفضل، وان كان بغير إذن المشتري تنظر إن قد تناهى عظمه يطيب له الفضل أيضا لأنه لايزداد بعد ذلك بل ينقص، وإن كان صغارا لم يتناه عظمه لا يطيب له الفضل لأنه تولد من أصل مملوك لغيره». بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ ، حاشية ابن عابدين وبهامشه الدر المختار، جـ٤، ص ٣٩.

(٢) الانصاف، جـ ٥، ص ٥٨.

(٣) حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٩، لاحظ نصها السابق بهامش الحنفية.

(٤) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٠ . وانظر تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، شرح جلال المحلى وحاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٣٢ ، المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ ، أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ١٠٢ ، ١٠٣.

على البائع أن يأخذ ذلك على الوجه الذي جرت العادة بأخذه كما لو باعه دارا فيها طعام للبائع فان على البائع أن يأخذه ولايجب عليه نقله إلا على حسب العادة فى نقله»[١].

وفى التتمة: «دليلنا أن البائع يكلف تسليم المبيع على حسب العرف والعادة والعادة فى الزرع أن لايقطع قبل الادراك فلا يكلف القطع»[٢].

وفى الحاوى: «ودليلنا: هو أن المبيع إذا كان مشغولا بملك البائع وجب عليه نقله على ماجرت به العادة واستقر العرف عليه. ألا ترى لو باع داره ليلا، لم يلزم الانتقال عنها فى الحال حتى يصبح اعتبارا بالعادة والعرف؟ ولو كانت الدار مملوءة بمتاعه لم يلزمه أن يجهد نفسه فى نقله فى يومه حتى ينقله فى الأيام اعتبارا بالعادة والعرف، وجب إذا باعه نخلا[٣]. ألاّ يلزمه أخذ ثمرها فى الحال حتى ينتهى إلى وقت الجذاذ اعتبارا بالعادة والعرف. ولأن ماثبت بالعادة والعرف فى حكم ماثبت بالشرط. بدليل: أن الأثمان المطلقة تحمل على غالب النقد كما لو ثبت ذلك بالشرط، والعرف فى الثمار[٤]، تركها إلى وقت الجذاذ، فلما كان لو شرط البائع تركها إلى وقت الجذاذ لزم، وجب إذا كان العرف أن تترك إلى وقت الجذاذ أن تلتزم»[٥].

٢- القياس على بيع الدار المشحونة بالأمتعة فان تفريغها على حسب العادة.

---

(١) العمرانى فى البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

(٢) المتولى فى تتمة الابانة، جـ٤، ص ١٦٠.

(٣) والأرض المزروعة فى الحكم المذكور عند الشافعية كالنخلة المثمرة. وانما راعينا النص.

(٤) والزرع فى الحكم المذكور عند الشافعية كالثمار. وانما راعينا النص.

(٥) الماوردى فى الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣.

٣- أن البائع زرع ملك نفسه فلا يؤمر بالقلع قبل أوانه[١].

٤- قال ابنا قدامة بعد ذكرهما للدليل الأول: وقياس أبى حنيفة حجة لنا لما بيناه[٢].

ويذكر الكاسانى وغيره دليل الشافعي فيقولون: وجه قوله أن الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لأنه لايقطع ولايقلع إلا بعد الادراك عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما إذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لايجبر على القلع بل يترك إلى أن يستحصد[٣].

ويقول ابن الهمام فى دليل الأئمة الثلاثة: قال الشافعي ومالك وأحمد: أن الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لايجب فى الدار تسليمها فى الحال إذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين. وفى العادة لايقطع إلا بعد ماقلنا وصار كما إذا انقضت مدة الاجارة وفى الأرض زرع فانه يترك حتى يستحصد رضى المؤجر أو لم يرض وإذا كان ذلك كذلك فلا يبالى بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلاعوض لأنه حين أقدم على الشراء والعادة ماذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور[٤].

المناقشة:

ناقش الحنفية أدلة الجمهور بالآتى:

---

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦ ، ٩٧ ، وانظر، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦ ، ١٩٧، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، جـ٤، ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ . ولاحظ نص الماوردى والعمرانى السابق عنها.

(٢) المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨.

(٣) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦ . تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ ، الهداية وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، ٤٨٧.

(٤) فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٦.

لانسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت الاستحصاد، ولو سلمناه فانه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع، ولو سلمناه فان الواجب ذلك مالم يعارضه مايسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وهي اقدام البائع على بيع الأرض مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه إياه فارغا(١).

ويقول الكاساني: إن القول بأن العادة فى الزرع تركه فى الأرض إلى وقت الاستحصاد إنما هو قول ليس على اطلاقه وإنما قبل البيع أما بعده فممنوع بل يقطع بعده ولايترك لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فلا بد من إزالة الشغل وذلك بقطع الزرع.

وأما عن الاجارة فانه يجب أيضا تسليم الأرض عند انتهاء المدة وانما تترك باجارة جديدة بأجرة أخرى. وهذا حجة عليهم لأنه لوترك بالعقد الأول لما وجبت أجرة أخرى(٢).

ويقول الزيلعي: والحجة على الشافعي مابينا وفى الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لايقلع منها لأن الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع ألا يرى أنه لو اشترى أرضا لايكون له الطريق إلا بالشرط وفى الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا(٣).

ويقول ابن الهمام: فى الاجارة أيضا يجب التسليم ولذا تجب الأجرة فى التبقية لأن تسليم العوض تسليم المعوض ولابد فى تمامه من تسليم أن المعتاد فى الاجارة التبقية بالأجرة وعدم تسليم عين الأرض فى الحال، وإلا لولم يرض المؤجر بالتبقية وأخذ الأجرة كان له أن يكلفه أن يقلعه فى الحال

---

(١) شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، وانظر الهداية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، ٤٨٧.
(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.
(٣) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١.

وليس له ذلك فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره.

ثم ان الشافعي ومن وافقه يقولون: التسليم في البيع بتركه إلى ماذكرنا مجانا وفى الاجارة بتركه بأجر ولا مخلص من هذا إلا أن يتم منع أنه معتاد فى البيع كذلك. وإلا فان فرق بين البيع والاجارة بأن اقدام البائع على البيع مع علمه بأن المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دلالة الرضا بقطعة فلم تجب رعاية جانبه بتبقية الأرض على حكم ملكه بخلاف المستأجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع زرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالأجرة اتجه أن يقال: إنما يكون إقدامه على البيع رضا بالقطع فى الحال لولم يكن التأخير إلى الصلاح معتاد أما إذا كان معتادا فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هى مشتركة فقد يتركون وقد يبيعون بشرط القطع[1]. وايضا فان الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع بقل لم يستحصد بعد فانه يترك إلى وقت الحصاد بالأجرة لأن الترك بالأجرة مما جرى به التعامل حينئذ فكان جائزا[2].

دليل القول الثاني: استدل من قال بجبر البائع على قطع زرعه فى الحال إن لم يرض مشترى الأرض ابقاء الزرع بالقياس على بيع دار فيها متاع. قالوا: إن ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه قياسا على الدار المبيعة وفيها متاع للبائع[3].

وفى الاختيار: «لأنه يجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري عملا بمقتضى عقد البيع ولايمكن ذلك بالتفريق فيجب عليه ذلك»[4].

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ ، ولاحظ حاشية سعد جلبي، جـ٥، ص ٤٨٦.
(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦.
(٣) الهداية، جـ٥، ص ٤٨٦ ، وانظر تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ . شرح فتح القدير، جـ٥، ص٤٨٧.
(٤) الاختيار، جـ٢، ص ٥.

ويقول البابرتي: «يقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه برفع الزرع»(١).

ويقول الكاساني: «ولنا: أن البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد»(٢).

وفي الدر المختار: «لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغا. كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بُسْر حيث تجبر الورثة على قطع البسر هو المختار من الرواية ولو الجية» قال ابن عابدين معلقا: «علة لقوله ويؤمر بالقطع ...»(٣).

وتقرير دليل الحنفية كما ذكره الماوردي: أن المشترى يملك منفعة ماابتاعه فهو يملك منفعة الأرض كما يملك منفعة الدار، فلما كان لو ابتاع دارا وجب على البائع نقل مافيها من متاعه ليسلم المشترى منفعة داره، لذلك لو ابتاع أرضا وجب على البائع جذاذ ماعليها من زرع ليسلم المشترى منفعة أرضه ثم أخذ الزرع أولى لأن تركه مضر، وترك المتاع غير مضر، ولأنه لو استحق البائع ترك الزرع لكان قد استثنى منفعة ماباعه، كمن باع دارا واشترط سكناها، فلما كان هذا فاسدا كان ما أدى إليه فاسدا(٤).

---

(١) شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٦.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٦، وانظر المغنى والشرح، جـ٤، ص ٢٠٦، ٢٠٧، تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠.

(٣) حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٩، وانظر الدر المنتقى ومجمع الانهر، جـ٢، ص ١٦.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢، بتصرف حيث ذكره للحنفية فى مدى تبعية الثمرة للنخلة المبيعة. ولافرق عند الحنفية فى الحكم بين بيع الأرض مزروعة والشجرة مثمرة ففى كليهما يجبر البائع على قطع ماله.

المناقشـــــة :

ناقش الماوردى قياس الحنفيـة فقـال: فأمـا الجـواب على مـاذكـروه فى الدار، فهـمـا سـواء، والعرف فيـهـمـا مـعـتبـر لكن العرف فى الدار: أن ينقل البـائع مـتـاعـه فى أول أوقـات الامكان، وفى الثـمـار والزرع فى أول أوقـات الجذاذ. ثم يقـول: منفـعـة الدار تبطل باقـرار المتـاع فـيـهـا، ولاتبطل منفـعـة مستثناه كالسكنى. فهو أن الأصول قد فرقت بين استثناء المنفعة بالعقد، وبين استثنائها بالشرط. ألا ترى أنه لوباع آمة واستثنى الاستمتاع بها لم يجز وكان العـقـد فاسدا؟ ولو كانت مزوجة كان الاستمتاع بهـا مـسـتثنى والعقد صحيح[١].

أقول: ولهذا فان ابنى قدامة قالا فى قيـاس أبى حنيفة: «حجة لنا لما بيناه»[٢].

الأجرة، وأحكام أخرى عند القائلين بالتبقية إلى أوان الحصاد:

تقـدم أن الجـمـهـور يرى أنه عند عـدم شرط قطع الزرع أو قلعـه فـانه مبقى إلى أوان الحصاد ولايجبر البائع على قطعه أو قلعه مادام هذا الزرع العـادة فيـه الابقاء. والمقصود بأوان الحصاد أول إمكانه دون نهايته، فعند ذلك يؤمر بالقطع والتفريغ.

قـال العنقرى من الحنابلة: «أي بأخذه وقت أخذه المعتـاد لاوقت أخذه بالفعـل وان تأخر عن وقتـه العـادي»[٣]. وعليـه أخذه فى هذا الوقت حتى ولو كـان بقـاؤه أنفع له قيـاسـا على الثـمـرة المبـيـعـة شجـرتهـا إذا كـانت

---

(١) الحاوى السابق، ص ٢٠٣.

(٢) المغنى، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨.

(٣) حاشية العنقرى على الروض المربع، جـ٢، ص ٢٥.

للبائع(١).

ويقول الماوردى: «فاذا انتهى إلى أول أوقات استحصاده وجب على البائع أن يحصده ولم يكن له فى تركه استزادة فى صلاحه»(٢).

وينقله بحسب العادة فلا يلزم ليلا ولاجمع الحمالين(٣).

ونفقة الحصاد والنقل على البائع. يقول البهوتى: «والحصاد ونحوه كالجذاذ واللقاط فما قلنا: أن للبائع ونحوه على البائع ونحوه لأن ذلك من مؤنة نقل ملكه فهو كنقل الطعام المبيع»(٤).

× حتى آخر الكتاب **قطع البائع زرعه قبل أوان الحصاد فهل له الانتفاع بالأرض حتى وقت الحصاد؟.**

ليس لبائع الأرض المزروعة إن كان الزرع له وأخذه قبل أوان الحصاد الانتفاع بالأرض حتى حلول وقت الحصاد المعتاد.

يقول الماوردى معللا: «فلو جز البائع زرعه قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض بعد قلع العروق المضرة وليس له استبقاء الأرض مابقى من مدة الزرع، لأنه إنما استحق من منفعة الأرض ماكان صلاحا لذلك الزرع فلو كان الباقى من مدة الزرع بعد جذاذه خمسة أشهر فزرعها مايحصل فى خمسة أشهر لم يجز وكانت الأجرة عليه واجبة وان رضى المشترى

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، الانصاف، جـ٥، ص٥٥ وما بعدها.

(٢) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٨.
وانظر غير ماسبق من المصادر. روضة الطالبين. جـ٣، ص ١٩٦ ، أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ٩٦ ، ٩٧ ، حاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٢٧ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص٤٤٤. الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ . القواعد لابن رجب، ص ٤٢ القاعدة/ ٣٣.

(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٥٥ ، البيان، جـ٣، ورقة ٧٣ ، الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٣.

(٤) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨.

بتركه»[١].

وفي الأم: «وإن عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه ليستخلفه وهو كمن جذَّ ثمرة غضة فليس له أن ينتظر أخرى حتى تبلغ لأنه وإن لم يكن له مما خرج منه إلا مرة فتعجلها فلا يتحول حقه فى غيرها بحال»[٢].

ويقول العمرانى: «وإن حصد البائع زرعه قبل أوان الحصاد لم يكن له أن يبدل مكان الزرع زرعا آخر لأن المستحق على المشترى تبقية هذا الزرع لاغيره»[٣].

وفى التتمة: «لو قلع البائع ذلك الزرع قبل الادراك لم يكن له أن ينتفع بالأرض بعد ذلك وكانت المنفعة للمشتري لأن المستثنى منفعة الأرض باستبقاء ذلك الزرع بحكم العرف والعادة لأن أصل المنفعة لم تدخل فى العقد وصار كما لو باع دارا فيها متاع يؤمر بالتفريغ على حسب العرف والعادة، فلو أنه تكلف وفرغ الدار فى لحظة يلزمه التسليم ولايجوز حبسها عن المشترى حتى تمضى المدة التى جرت العادة أن فى مثلها يفرغ الدار»[٤].

ويقول ابن رجب: «ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها لم يكن له ذلك، كما لايملك الجار إعارة غيره مايستحقه من الانتفاع بملك جاره»[٥].

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٨ ، ٢١٩.
(٢) الأم، جـ٣، ص ٤٦، مجلد/٢.
(٣) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.
(٤) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠.
(٥) القواعد، ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ القاعدة/ ٨٥ . وانظر الانصاف، جـ٥، ص ٥٨.

ويقول ابنا قدامة: «وان حصده قبل أوان الحصاد لينتفع بالأرض فى غيره لم يملك الانتفاع بها لأن منفعتها إنما حصلت مستثناه عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتقدر ببقائه كالثمرة على الشجرة، وكما لو كان المبيع طعاما لاينقل مثله عادة إلا فى شهر لم يكلف إلا ذلك فان تكلف نقله فى أقل من شهر أو فى يوم واحد لينتفع بالدار فى غيره لم يجز كذلك ههنا»[١].

ويقو البهرتى: «فان حصد الزرع بائع ونحوه قبل أوان الحصاد لينتفع بالأرض فى غيره أي فى غير ذلك الزرع لم يملك البائع ونحوه الانتفاع بها لانقطاع ملكه عنها كما لو باع دارا فيها متاع لاينقل فى العادة إلا فى أشهر فتكلف البائع نقله فى يوم لينتفع بالدار فى غيره بقية الشهر لم يملك ذلك لأن ملكه قد انقطع عنها وانما أمهل للتحول بحسب العادة دفعا لضرره وحيث تكلفه فقد رضى به»[٢].

أقول: من هذه النصوص يتضح صحة ماذكرناه من أن تعجيل البائع قطع زرعه قبل أوان الحصاد لينتفع بالأرض المبيعة بقية المدة بزرع آخر أو إجارة أو نحو ذلك غير جائز، وصرح الماوردى فى نصه عن أنه إذا فعل وانتفع بالأرض بقية المدة لزمته أجرتها حتى وإن كان مشترى الأرض قد رضى بالابقاء.

وحجة عدم الجواز هي الآتى:

١- أن البائع للأرض المزروعة انما استحق من منفعة الأرض ماكان صلاحا لذلك الزرع الذى له، فان تعجل قطعه فانه لايتحول حقه فى غيره بحال.

---

(١) المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ ، ولاحظ الانصاف السابق.
(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٩.

٢- أن المستحق على المشترى تبقية هذا الزرع لاغيره.

٣- أن ملك البائع قد انقطع عن الأرض بعد هذا التفريغ، وإنما أمهل قبله للتحول بحسب العادة دفعا لضرره، إذ أن المنفعة قد حصلت له مستثناه عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتتقدر ببقائه كالثمرة على الشجرة، وكما لو كان المبيع طعاما فى دار جرت العادة أنه ينقل فى شهر مثلا فنقله المشترى فى أقل منه لينتفع بالدار بقية الشهر فانه لايجوز فكذلك فى مسألتنا لأنه حيث تكلفه فقد رضى به.

٤- القياس على الثمرة إذا بيعت شجرتها، وعلى الدار فيها متاع، وعلى حق الجار فى الانتفاع. فكما تقدم المستثنى منفعة الأرض باستبقاء ذلك الزرع بحكم العرف والعادة لأن أصل المنفعة لم تدخل فى العقد وصار كما لوباع دارا فيها متاع فانه يؤمر بالتفريغ على حسب العرف والعادة فلو أنه تكلف وفرغ الدار لزمه التسليم ولايجوز له حبسها عن المشترى حتى تمضى المدة التى جرت العادة أن فى مثلها يفرغ البائع الدار من متاعه. وكما لايملك الجار إعارة غيره مايستحقه من الانتفاع بملك جاره فكذلك ههنا لايملك البائع الانتفاع بالأرض التى هى ملك المشترى فى غير مااستحقه.

اذا كان الزرع مما يقوى بالجز قبل أوان حصاده:

فاذا كان الزرع مما لو جزَّ قبل حصاده قوى أصله واستخلف وفرخ كالدخن فجزه البائع قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقى إلى وقت الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع، وليس له استبقاء مااستخلف وفرخ بعد الحصاد لأنه غير ذلك الزرع، وعلى البائع قلعه ولايملكه المشترى كما يملك أصل القت الذى يجز مرارا لأن القت أصل ثابت، والزرع فرع زائل واستخلاف بعضه نادر[1].

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٩.

لو أخر البائع زرعه فحلصت فيه زيادة؟:

يقول المتولى: «لو أخر قطعه حتى مضى زمان يزداد فيه الزرع فالزائد ملك المشترى وقد اختلط بالباقى على ملك البائع، والحكم فيه كالحكم فيما لو باع شجر يثمر مرة بعد مرة فحدثت ثمرة أخرى، وقد مرت المسألة»[١].

أقول: مضت المسألة فى الطلع الحادث بعد البيع وللفقهاء فى حكم الزيادة قولان[٢].

قلع العروق المضرة وتسوية الحفر:

وعلى البائع بعد الحصاد والأخذ تسوية حفر الأرض الحاصلة به وقلع العروق التى يضر بقاؤها الأرض كعروق الذرة والقطن والقصب تشبيها بما إذا كان فى الدار أمتعة لايتسع لها باب الدار فانه ينقض. وكما لو باع دارا فيها خابية كبيرة لاتخرج إلا بهدم باب الدار فهدمها كان عليه أي على البائع الضمان[٣].

---

(١) تتمة الابانة للمتولى، جـ٤، ورقة ١٦١.

(٢) راجع الباب الأول فى حكم طلع الحادث فى النخل بعد البيع. وانظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢.

(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦ . أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ٩٦ ، ٩٧ ، حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٧ . تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٤ ، المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٥ ، الانصاف، جـ٥، ص ٥٥ ، ٥٨ ، ٥٩ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ٢٥ ، القواعد لابن رجب، ص ٤٢ القاعدة/٣٣ .

قال العبادى: فان قلت إن كان هذا النقض للباب قبل القبض فجناية البائع قبله غير مضمونة كالآفة فلا يصح القول بأن على البائع ضمانه، أو بعد القبض أشكل بأن القبض لايصح مع وجود أمتعة البائع ومن ثم فهذا التقدير غير ممكن؟ قلت: نختار الشق الثانى وقد يتصور القبض مع وجود أمتعة البائع كما إذا جمعها فى موضع من الدار وخلى بينه وبينها فانه يحصل القبض لما عدا ذلك الموضع فاذا نقلها من ذلك الموضع إلى غيره منها وخلى بينه وبينها حصل القبض للجميع. وكما لوكانت تلك الأمتعة حقيرة فانها لاتمنع القبض. ولايقال: الحقير يتسع له باب الدار لأنا نقول: إطلاق ذلك ممنوع لأن باب(=)

جاء في التتمة: «إذا كان للزرع عروق تضر بالأرض كالقطن والذرة كان على البائع نقلها وتفريغ الأرض عنها وإن حصل في الأرض حفر فالحكم في وجوب التسوية عليه على ما سنذكره في مسألة الحجارة»[١].

ثم أنه في مسألة الحجارة رأيت أنه إذا كان في القلع أي قلع الحجارة ضرر، وفي الترك ضرر فللمشترى الخيار في الحالين فلو أجاز البيع له أن يكلفه تفريغ أرضه.

كما رأيت أنه إذا كلفنا البائع قلع الحجارة فقلعها وحصلت في الأرض حفر فهل عليه تسوية الأرض أم لا؟ والأمر لايخلو من أن يكون ذلك قبل القبض أو بعده؟ فان كان قبل القبض فهو بمنزلة جناية من البائع على المبيع، وإن قلنا كآفة سماوية فلا شئ له إلا أنه إذا لم يكن قد علم بذلك حتى قلع وحصلت الحفر له الخيار. وإذا قلنا جناية كجناية الأجنبي فله أن يطالبه بالتسوية.

فأما ما إن كان بعد القبض فمن أصحاب الامام الشافعي من قال: عليه التسوية لأن جناية البائع على المبيع بعد القبض مضمونة.

ومنهم من قال على وجهين كما ذكرنا فيما لو قلعها قبل القبض لأن التسليم في القدر المتصل بملكه لم يتم، وهذا على مقتضى القول في الجوائح

(=) الدار قد يكون ضيقا جدا والحقير خابية للماء كبيرة أدخلها قبل تضييق الباب. حاشية العبادي على تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٤ ، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير إذن الأول ولافعل صدر منه النقص وأسند اليه كان الضمان على مدخل النقص. المغنى، جـ٤، ص ٤٤٢ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥.
ومن أمثلة ذلك في القواعد لابن رجب، ص ١٥٨ القاعدة/٧٨: «لو اشترى أرضا فغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع واختار المفلس والغرماء القلع فعليهم تسوية الحفر وضمان أرش النقص لأنه نقص حصل بفعلهم في ملك البائع ليخلص ملكهم منه».

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠.

أنها من ضمان البائع بعد تسليم الثمار ويحكم بأن القبض لم يتم لاتصال الثمار بملكه وعلى هذا لو تعطلت الأرض بسبب القلع زمانا يقابل بالأجرة فهل يغرم الأجرة أم لا؟ فعلى ماذكرنا[١].

وعند قلع العروق المضرة يقول العمراني: «فاذا بلغ أوان الحصاد فعلى البائع أن يحصد زرعه وإذا حصد نظر فيه فان لم يبق للزرع عروق فى الأرض يضربها كالحنطة والشعير فقد ارتفعت يده ولاشئ عليه غير ذلك، وإن بقى للزرع عروق تضر بالأرض كالذرة فعلى البائع أن يقلع تلك العروق»[٢].

ويقول ابن رجب: «لو اشترى أرضا فيها زرع للبائع فحصده، فان لم يبق له عروق أو كانت لاتضر فليس عليه نقلها، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضى وابن عقيل»[٣].

هذا ومن الفقهاء من صرح بأن واجب تخليص البائع أرض المشترى من العروق المضرة متروك لمشيئة المشترى.

يقول الماوردى: «ثم ينظر فى الأرض بعد الحصاد: فان لم يبق للزرع عروق مضرة فقد استوفى حقه ولاشئ عليه، وإن بقيت للزرع عروق مضرة كان على البائع قلعها وإزالة الضرر بها إن شاء المشترى»[٤].

وفى الأم: «فان كان الزرع مما يبقى له أصول فى الأرض تفسدها فعلى صاحب الزرع نزعها عن رب الأرض إن شاء رب الأرض، وهكذا إذا باعه

---

(١) التتمة السابق، ص ١٦٢، ١٦٣، وأنظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢٢ - ٢٢٦، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٧ - ١٩٩، والأم، جـ٣، ص ٤٧ مجلد/٢.

(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

(٣) القواعد، ص ١٥٨ القاعدة/٧٨.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٨.

أرضا فيها زرع يحصد مرة واحدة»[١].

هل لمشترى الأرض أجرة عن مدة بقاء زرع البائع حتى وقت الحصاد؟.

للفقهاء المجوزون للابقاء ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا أجرة لهذه المدة. وبه قال الشافعية فى الأصح. والحنابلة فى صحيح المذهب، قياسا على بيع الدار المشحونة بالأمتعة فانه لايستحق مشترى الدار أجرة لمدة التفريغ لأن المنفعة حصلت مستثناه للبائع[١].

القول الثانى: لاأجرة له مع العلم فان لم يكن يعلم كان له الأجرة وهو وجه للحنابلة، ووجه للشافعية صححه فى الوجيز، قال فى البسيط: لأن المنافع متميزة عن المعقود عليه فليست كالعيب.

القول الثالث: له الأجرة مطلقا علم بأنها مزروعة أم لم يعلم، وهو وجه للحنابلة.

جاء فى الانصاف: «ولاأجرة لمدة نقله على الصحيح من المذهب. وقيل: مع العلم. وقيل: له الأجرة مطلقا وأطلقهن فى الرعاية الكبرى»[٣].

---

(١) الأم، جـ٣، ص ٤٥ مجلد/٢

(٢) الانصاف، جـ٥، ص ٥٨ ، ٥٩ ، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ٢٥ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥ . قال الرملى فى حاشيته على الأسنى، جـ٢، ص ٩٦: لو كانت الأمتعة لغير البائع إما باعارة منه أو بنحو ذلك أو بغصب فان المشترى يستحق على الأجنبي الأجرة وكذلك لو كانت للبائع ثم باعها بعد البيع فان الأجرة تجب للمشترى على المشتري من البائع. وأنظر أسنى المطالب السابق وتحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٤٣ ، ٤٤٤.

(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٥٥ ، وفى القواعد لابن رجب، ص ٤٠٣ القاعدة/٨٥: «لو باع أرضا فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه ... كان ذلك مبقى فى الأرض إلى وقت الحصاد بغير أجرة». فذكر صحيح المذهب فقط.

ويقول العمراني معللا للقول الأول: «ولايلزم البائع أجرة الأرض إلى وقت الحصاد لأن الأجرة تجب في مقابلة منفعة استوفاها بالغصب أو بالعقد ولاغصب هاهنا ولاعقد»(١).

ويقول الماوردي: «ولاأجرة للمشتري على البائع في تركه لأنها منفعة مستحقة قبل ملكه»(٢).

ويقول المتولي: «اذا استبقى الزرع إلى وقت الادراك لايلزمه أجرة الأرض لأن منفعة تلك المدة جعلت كالمستثناه من العقد شرعا وصار كما لو اشترى أمة مزوجة فالزوج يطلقها ولايستحق السيد عليه مهر، ولأن منفعة الأرض لم تدخل في العقد»(٣).

وأما الخلاف عند الشافعية فذكره النووي في الروضة قال: «هل له الأجرة في مدة بقاء الزرع؟ قطع الجمهور، بأن لاأجرة. وقيل: وجهان. الأصح: لاأجرة، وتقع تلك المدة مستثناة كمن باع دارا مشحونة بأمتعة، لايستحق المشترى أجرة لمدة التفريغ»(٤).

وفي شرح المحلي: وفي أصل الروضة: قطع الجمهور بأن لا أجرة. الثاني: له الأجرة وصححة في الرجيز. قال في البسيط: لأن المنافع متميزة عن المعقود عليه فليست كالعيب ... وقيل: وجهان الأصح لا أجرة حتى ولو بعد القبض، وكذا مدة تفريغه وإن طالت، لكن إن جرت العادة بقطعه قبل أوان الحصاد لزمه، ولو أراد عند أوانه دياسه كما لو كانت حنطة مثلا فأراد، دياسها في مكانها لم يمكن من ذلك إلا بالرضا.

---

(١) البيان، جـ٤، ورقة ٧٣.

(٢) الحاوي الكبير، جـ٦، ص ٢١٨.

(٣) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠.

(٤) روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٩.

ومحل الخلاف في أجرة مدة بقاء الزرع إنما في زرع جهله المشتري فالأصح أنه لاأجرة للمشتري مدة بقاء الزرع الذي جهله وأجاز ولو بعد القبض كرضاه بتلف المنفعة تلك المدة كما لاأرش له في الاجازة في العيب. أما العالم به فلا أجرة له قطعا(١).

وإذا وقع شرط القطع وجبت الاجرة بلا طلب. وفارق توقف وجوب الأجرة على الطلب في الثمرة لأن التأخير هنا في غير المبيع ويصح قبض الأرض مشغولة قاله القليوبي. لكن الأسنوي أفاد بأن فيه ترددا. ففي شرح جلال المحلي: وظاهر أصل الروضة أن الزرع يبقى إلى أوان الحصاد أو القلع، قال عميرة: قال الأسنوي: يفهم منه استحقاق البائع لابقاء الزرع ومحله إذا شرط الابقاء أو أطلق فان شرط القطع ففي وجوب الوفاء به تردد للأصحاب حكاه الامام في كتاب الصلح ولم يتعرض الرافعي لهذه المسألة غير أنه جزم في بيع الثمرة المؤبرة قبل بدو الصلاح بوجوب القطع إذا شرطه وهو نظير هذا.

وقطع الهيتمي بلزوم الأجرة إن شرط القطع أو القلع فأخر وعلل ذلك بأنه ترك الوفاء الواجب عليه. قال: وظاهر كلامهم هنا أنه لافرق في وجوب الأجرة بين أن يطالب بالقطع الواجب وأن لا.

قال: وينافي عدم الفرق ماذكر في الشجرة أو الثمرة بعد أو قبل بدو الصلاح المشروط قطعهما أنها لاتجب إلا ان طولب بالمشروط وهو القطع فامتنع.

---

(١) شرح جلال المحلي وقليوبي، جـ٢، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٣ ، ٤٤٤.
أسنى المطالب، وحاشية الرملي، جـ٢، ص ٩٧. قال الرملي: «بلا أجرة. لم يفصل المصنف بين أن يكون ذلك قبل القبض أو بعده لأن المشتري له الخيار مطلقا تضرر أم لا إذا كان جاهلا فيزول ضرره بالخيار»

ثم قال: وقد يفرق بأن المؤخر هناك المبيع وهنا عين أجنبية عنه والمبيع قد يتسامح فيه كثيرا بما لايتسامح فى غيره لمصلحة بقاء العقد بل ولغيرها ألا ترى أن استعمال البائع له قبل القبض لاأجرة فيه وإن طلب البائع منه إقباضه فامتنع تعديا ولاكذلك غيره.

ولو أخر البائع قطع الزرع بعد أوان حصاده هل تلزمه الأجرة وإن لم يطالب أم لاتلزم إلا بعد الطلب. قال الشرواني: فيه نظر. والأقرب أنها لاتلزمه إلا بعد الطلب لأن الظاهر أنه لايلزم القطع بعد دخول أوان الحصاد إلا بعد طلب مشتري الأرض.

وفرق بينه وبين مالو شرط القطع حيث لزمته فيه الأجرة مطلقا بوجود المخالفة للشرط فى تلك صريحا ولاكذلك هنا.

ويؤيد هذا الفرق ماقيل فيما لو استأجر مدة لحفظ متاع وفرغت المدة ولم يطالبه المؤجر بالمفتاح ولابأخراج الأمتعة من أنه لاتلزمه الأجرة لما مضى بعد فراغ المدة[١].

الرأي فى المسألة برمتها:

ونرى فى مسألة جبر البائع على قطع الزرع فى الحال إن كان له، أو عدم جبره، وهل عليه أجرة التبقية عند عدم الجبر؟.

أنه إن رضى مشترى الأرض تبقية الزرع إلى أن يحصده البائع فهذا الرضا إما أن يكون مجانا أو بأجرة. فان رضى مجانا طاب للبائع الفضل، وإن رضى بأجرة كان له ذلك لأن الترك بأجرة مما جرى به التعامل بين الناس

---

(١) أنظر. أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ٩٦ ، ٩٧ ، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦ ، شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ . تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٢. ص ٤٤٣ ، ٤٤٤.

فكان جائزا. وبهذا نكون قد راعينا جانب البائع بعدم إفساد زرعه وهو مال وقد نهينا عن إضاعة المال. وراعينا أيضا جانب المشتري بأخذه مايقابل شغل ملكه هذه المدة.

يبقى عدم رضى المشتري بأحد الأمرين وهنا نقول بمقابل الأصح عند الشافعية وصححه فى الوجيز من أنه يبقى الزرع إلى أول إمكان الحصاد بالأجرة لأن المنافع متميزة عن المعقود عليه وهو جه للحنابلة أيضا.

وأيضا نقول: أن مشترى الأرض قصر فى عدم اشتراط القطع فى الحال حين التعاقد، وعدم الاشتراط هذا إطلاق، والاطلاق له احتمالان إما القطع، وإما التبقية، ونرجح الثانى لأن الظاهر يعضده.

سقى البائع ماله من زرع:

اذا احتاج زرع البائع إلى السقى حتى أوان الحصاد كان على المشتري تمكينه من ذلك وعلى البائع مؤنة السقى.

يقول الماوردى: «ما احتاج الزرع إلى سقى فعلى المشتري التمكين منه وعلى البائع مؤنته»[1].

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٨ . ولاحظ ماسبق عند الفقهاء فى السقى فى الفصل الخامس من الباب الأول.

المطلب الثالث

مدى تكليف البائع قطع زرعه الذى يؤخذ مرة بعد أخرى أو المتكررة ثمرته

إذا كان زرع الأرض المبيعة مما يجز مرة بعد أخرى فقد تقدم أن الرأى السائد فى الفقه الاسلامي هو دخول أصوله فى البيع فتكون للمشترى عند الاطلاق، أما الجزة واللقطة وماتفتح من الزهر عند البيع فلا يدخل ويكون للبائع عند الاطلاق أيضا. ويترتب على ذلك أن ملك المشتري مشغول بما هو للبائع، ومن ثم يثور سؤال مفاده هل يكلف البائع قطع ماهو له فى الحال ليخلي بين المشترى وبين ملكه؟

أقول: للفقهاء قولان:

القول الأول: يجبر البائع على القطع فى الحال ولاينتظر به تناهى جذاذه وبه قال الجمهور. وهو الصحيح.

القول الثاني: لايجبر البائع على القطع فى الحال وانما ينتظر به تناهى جذاذه وهو وجه للشافعية، والحنابلة وأعطوا للقصب الفارسى -البوص- وأشجار الخلاف[(١)]، هذا الحكم إذا كان لايمكن الانتفاع به إذا قطع فى الحال[(٢)].

---

(١) الخلاف بكسر الخاء المعجمة وتخفيف اللام. قال البكرى: هو الصفصاف. وقال الشروانى: هو المسمى الآن بالبان. أنظر. هامش روضة الطالبين للنووى، جـ٣، ص ١٩٦ ، حاشية الشروانى، جـ٤، ص ٤٤١.

(٢) فالحنفية يرون تكليف البائع القطع وعليه نقل ماله عقيب البيع قياسا على الثمرة المبيعة شجرتها وكالزرع الذى يؤخذ مرة كالبر والشعير. والقصب الفارسى وشجر الخلاف كذلك. مجمع الأنهر ومعه الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ . ونقله ابنا قدامة فى المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٨.

وعند الحنابلة: على البائع قطع مايستحقه على الفور. هذا هو الصحيح. وعندهم وجه بعدم جبره على القطع ذكره المرداوي فى الأنصاف وصحح الجبر. (=)

الأدلـــــــة:

دليل القول الأول: استدل الجمهور على الجبر على القطع. بالقياس على الثمرة المبيعة شجرتها والزرع الذي يؤخذ مرة واحدة كالبر والشعير.

(=) الانصاف، جـ٥، ص ٥٥ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٤ . الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤ . الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٦.
وأما القصب الفارسي -البوص- فانه لايكلف قطعه فى الحال بل يأخذه فى أول وقته الذي يقطع فيه، أي عندما يبلغ حدا ينتفع به.
ويلزم البائع إزالة ماتبقى من عروقه ونحوها وإن لم يضر بالأرض كنقل متاعه وعليه أيضا تسوية الحفر لأن عليه تسليم الأرض خالية.
كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ٢٥ ، الانصاف، جـ٥، ص ٥٨ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥.
وينقل البائع ماله بحسب العادة فلا يلزمه ليلا كما لايلزمه جمع الحمالين. الانصاف السابق، ص ٥٥.
وعند الشافعية: يقول الماوردى فى الوجهين معللا: «... وضرب آخر يجز مرارا ويستخلف كالعلف، وهو القت، وأنواع من البقول فيكون ماطلع منه وظهر للبائع لايتبع الأصل. وهل ينتظر بها طلع تناهي جذاذه أم لا؟ علي وجهين: أحدهما: ينتظر به تناهي جذاذه، فاذا بلغ الحد الذي جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع، ويكون ما بعد تلك الجذة بكمالها للمشتري. وهذا قول من زعم أن ماأطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر. والوجه الثاني: أنه لاينتظر به كمال جذاذه بل يكون للبائع ماظهر منه وإن لم يستكمل، ويؤمر بجذاذه وإن لم يستكمل، ويكون الأصل الباقى وما استخلف طلوعه من بعد العقد تبعا للأصل، وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشتري ولايكون تبعا لما أطلع فيه وأبر».
الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢: «فلا حق للبائع إلا فيما كان ظاهرا وقت العقد. وبه قال أبو إسحاق المرزوى». المصدر السابق، ص ٢٢٠.
ثم يقول الماوردى مرتبا على ماسبق: «فعلى هذا لو كان النوع من الزرع بذرا لم يظهر بعد، فمن قال بانتظار ماظهر منه تناهي الجذاذ جعل مانبت من هذا البذر أول جزة للبائع، ومن لم ينتظر به التناهي وجعل حق البائع مقصورا على ماظهر جعل البذر وجميع مايظهر من نباته للمشترى». المصدر السابق.
ولم يذكر العمرانى فى البيان غير وجه الجبر على القطع. فبعد أن تكلم عن حكم ثمرة هذا النـوع قال: «ويؤمر البائع بأخذها فى الحال لأن الزيادة بعد العقد تكون للمشتري». البيان، جـ٣، ورقة ٧٣ . ومثله المتولى فى التتمة، جـ٤، ص ١٦٠.

وهذا الدليل للحنفية[١]، واستدل غيرهم بأن هذا النوع من الزرع ليس له حد ينتهي إليه، ولأن ذلك يطول ويخرج غير ماكان ظاهرا، والزيادة من الأصول التي هي ملك المشترى، ولأنه عند ظهور غير ماكان ظاهرا يعسر تمييز حق كل منهما حيث أن الكامنة من الثمر عند البيع تدخل فى البيع وتكون للمشترى[٢]، والمعنى أنها تزيد فيشتبه المبيع بغيره ويدوم التخاصم فكان ذلك كذلك لئلا يزيد فيشتبه المبيع بغيره أي فيشتبه ماظهر من الجزة -بكسر الجيم- بغيره[٣].

دليل القول الثاني: استدل من قال بعدم الجبر على القطع فى الحال بالقياس على ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد حيث أنه عند أصحاب هذا الوجه للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر[٤].

الراجح:

والباحث يرى رجحان القول الأول للمعانى المعقولة التى ذكرها أصحابه، وللفرق بين هذا النوع من الزرع وبين الزرع الذي يؤخذ مرة واحدة.

يقول الفورانى فى هذا الفرق: «إذا لم يكن الزرع مجزوزا يطالب

---

(١) حيث أن الحنفية كما تقدم عنهم يقولن بجبر البائع على قطع زرعه أو ثمره خلافا للجمهور. وانظر. مجمع الأنهر ومعه الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٥ . ولاحظ. المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥.

(٢) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٦ ، المغنى السابق، ص ٢١٤ ، والشرح السابق، ص ٢٠٤.

(٣) أسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ٩٧ . شرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦ ، تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى، جـ٤، ص ٤٤٠ ، ٤٤١ . البيان، جـ٣، ورقة ٧٣ ، الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ ، تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦١.

(٤) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٢ . تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦١.

البائع بجزها فى الحال سواء بلغ أوان الجذاذ أو لم يبلغ بخلاف الزرع الذى يحصد مرة واحدة. والفرق من وجهين. أحدهما: أن أصول هذا الزرع دخل فى ملك المشتري والزيادة تحصل من الأصول فلا يلزمه بذل ملكه، فأما الذي يحصد مرة عروقة لاتدخل فى العقد لأنه ليس من الثابتات فى الأرض فالزيادة لاتكون من ملكه. الوجه الثاني: أن هناك[١] فى التأخير غرض صحيح إذ لاينتفع به قبل التشتيل، وهاهنا[٢] لاغرض فى التأخير إلا حصول الزيادة لأنه يصلح فى الحال ...»[٣].

هل تلزم أجرة لمدة الابقا؟:

سبق فى المطلب الثانى أن للفقهاء ثلاثة أقوال الصحيح منها أنه لاأجرة مطلقا، وقيل: لاأجرة له إذا كان المشترى يعلم أن ماكان ظاهرا عند البيع للبائع، وقيل: له الأجرة مطلقا علم أم لم يعلم[٤].

عود لمذهب الشافعية:

قال الشافعية: يجب على مشتري الأرض المزروعة بهذا النوع من الزرع الاشتراط على البائع قطع ماهو له من الثمرة والجزة الظاهرتين[٥] سواء بلغ ماظهر أوان الجز والقطع أم لا.

وعللوا ذلك بأنها تزيد فيشتبه المبيع بغيره ويدوم التخاصم فكان ذلك كذلك لئلا يزيد فيشتبه المبيع بغيره أي فيشتبه ماظهر من الجزة -بكسر الجيم- بغيره.

(١) أي فى الزرع الذى يحصد مرة واحدة.
(٢) أي فى الزرع الذي يحصد مرة بعد أخرى، وتتكرر ثمرته.
(٣) تتمة الابانة، جـ٤، ص ١٦٠.
(٤) وانظر الانصاف، جـ٥، ص ٥٥.
(٥) والمراد بالظاهرة هنا ما لاتدخل فى البيع.

فالشافعية كما ترى يوجبون على مشتري الأرض حينئذ أن يشترط على البائع قطع ماهو له، ولم يقل بهذا غيرهم.

ووجوب اشتراط القطع المذكور إنما يكون فى الثمرة والجزة التى يغلب اختلاطها بخلاف التى لايغلب اختلاطها فلا يشترط فيها ذلك.

وما ذكر من وجوب اشتراط القطع هو ماجزم به الشيخان كالبغوي وغيره . قال في الاسني: واعتبار كثير وجوب القطع من غير اعتبار شرطه محمول على ذلك.

ويقول الهيتمى: وقول جمع: يغنى وجوب القطع عن شرطه ضعيف إلا أن يؤول بحمله على مالايغلب اختلاطه، وقال بعض كما فى الشرواني: أي يحمل وجوب القطع على وجوب شرطه.

لكن ما الحكم مالو أخر القطع وحصل الاشتباه؟

قال الشرواني: فلو أخر القطع وحصل الاشتباه واختلف فى ذلك فان اتفقا على شئ فذاك، وإلا صدق صاحب اليد.

ثم ان صاحب التتمة استثنى من وجوب القطع[1]، القصب الفارسى[2]، وأغصان الخلاف[3]، حيث يقول: «جرت العادة بقطع القصب كل سنة وكذا أغصان الخلاف، فاذا باع أرضا وفيها قصب وأشجار الخلاف فالحكم فيها على ماذكرنا فتدخل عروقها فى العقد دون الظاهر إلا أنه

---

(١) قال الرملي: قال شيخنا: علم منه أن الاستثناء من وجوب القطع لامن شرطه عليه. الرملي على الأسنى، جـ٢، ص ٩٧ .
قال قليوبي: هو مستثنى من لزوم القطع المفهوم من شرطه، حاشية قليوبي، جـ٢، ص٢٢٦.

(٢) وهو البوص المعروف، فهو بالمهملة المفتوحة وقول الأسنوى هو بالمعجمة سهو، قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٦ ، تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤١.

(٣) سبق التعريف به.

يفارق الزرع فى شئ وهو أنه إذا كان الظاهر من القصب مما لايمكن الانتفاع به إذا قطع فى الحال لايكلف القطع حتى يبلغ حدا يصلح للانتفاع كالثمار على الشجرة»[١]. وتناقل شراح المذهب هذا الاستثناء، وصرح به الشيخ أبو حامد[٢]، والروياني والبغوى وغيرهم. فهذا لايكلف البائع قطعه -وإن اشترطه المشترى- حتى ينفع أي يكون قدرا ينتفع به. لأنه متى قطع قبل وقت قطعه تلف.

ثم ان عدم تكليفه بالقطع هنا يعنى كما قال عميرة: أن بيع الأرض مع شرط قطعه فى حالة عدم النفع باطلا.

وقال قليوبى: ثم الحادث للمشترى إن تميز لانحو غلظ قصباته وإن تنازع فيه فسخ العقد. وقد تقدم عن الشروانى أنه عند اختلافهما يصدق صاحب اليد.

وعلم من كون الاستثناء من تكليف القطع أنه لابد فى صحة البيع من شرط قطعه وأن البيع صحيح وإن لم يكن قدرا ينتفع به هنا. قاله قليوبى.

وهل للمشترى أجرة مدة بقائه؟ خلاف كما عند الحنابلة، والذى عليه المشايخ أنه لاأجرة له كما فى القليوبى والشرواني.

أما قصب السكر وهو الحلو المأكول ففيه خلاف. ذكر البجرمي والقليوبي احتمالا أنه كالقصب الفارسي.

---

(١) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦١.

(٢) عبارة الشيخ أبى حامي: أن القصب الفارسى لايلزم البائع تحويله إلى وقت قطعه فى العادة وهو زمن الشتاء، فان قطع قبل ذلك الوقت تلف فلم يصلح لشئ. وكذا قال القاضى حسين، والبغوي، والجرجاني، والروياني، والخوارزمى. الرملى على الأسنى، جـ٢، ص٩٧.

وشجر الخلاف كالقصب الفارسى[١]، فى ذلك الحكم المتقدم أي فى الاستثناء وعدم تكليف القطع وبقية الأحكام.

اعتراض على الاستثناء ، واعتراض على الاعتراض، والجواب:

اعترض السبكي على استثناء القصب وما ذكرمعه قائلا: إن فى الاستثناء نظر، والوجه التسوية إما أن يعتبر الانتفاع فى الكل أي فى كل من نحو القصب وغيره، أولا يعتبر فى الكل. ثم إنه رجح عدم الاعتبار كما فى التحفة، أي رجح السبكي عدم اعتبار الانتفاع فى الكل فيكلف البائع قطع كل من القصب وغيره كما فى الشرواني. وفى الأسنى أن السبكي قال: وعدم الاعتبار هو الأقرب. وفرق السبكي بين بيع ماظهر جزته من القصب وغيره على مارجحه من عدم اعتبار الانتفاع فى الكل أي فيجب فى الكل شرط القطع والقطع بشرطه وإن لم يكن المقطوع منتفعا به، وبين بيع الثمرة قبل بدو الصلاح حيث يشترط كونها منتفعا بها -وعبارة الايعاب: إنما يجوز بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به- بأن الثمرة مبيعة فاشترط فيها المنفعة بخلاف الجزة الظاهرة فى كل من القصب وغيره.

واعترض الأذرعى فرق السبكي بأن ماظهر وإن لم يكن مبيعا يصير كما لو باع ذراعا من ثوب ينقص بقطعه وهو باطل أي فيبطل العقد.

وأجاب الشيخ زكريا الأنصاري فى شرح الروض بالفرق بين ماهنا ومسألة الثوب، فغرضه الرد على الأذرعي ودفع اعتراضه كما قال الشرواني.

---

(١) قال القاضى الحسين: الخلاف نوعان. مايقطع من أصله كل سنة كالقصب ونحوه حرفا بحرف. ومايترك ساقه وتؤخذ أغصانه فكالثمار. قال ابن الأستاذ: وهو متجه. قال الأذرعى: ويظهر تنزيل اختلاف كلام الامام على هذا التفصيل. الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٧ . الشرواني على التحفة، جـ٤، ص ٤٤١، ولاحظ نص التتمة السابق.

قال جوابه: القبض هنا متأت بالتخلية، وفي مسألة الثوب متعذر شرعا لأنه متوقف على النقل فلا يحصل إلا به[١]، والنقل متوقف على القطع المفضي والمؤدي إلى النقص.

أما الجواب على اعتراض السبكي فهو أن تكليف البائع قطع ما استثنى يؤدي إلى أنه لاينتفع به من الوجه الذي يراد للانتفاع به بخلاف غيره ولابُعْد[٢]، في تأخير مايجب قطعه حالا لمعنى بل قد عهد تخلفه بالكلية وذلك في بيع الثمرة من مالك الشجرة.

وهذا الجواب أورد عليه الرشيدي نحو البرّ قبل انعقاده فانه لاينتفع به من الوجه الذي أريد به.

ودفع الشرواني هذا الايراد بما في الايعاب مما نصه: والحاصل -أي حاصل جواب شيخ الاسلام- أن ماعدا القصب وشجر الخلاف يمكن الانتفاع به من الوجه الذي يراد للانتفاع أيا ماكان ولو بوجه فوجب الوفاء به بخلافهما فانه لايتأتى الانتفاع فيهما كذلك إلا أن يبلغا قدرا معروفا عند الخبراء فلم يجب فيهما الوفاء بالشرط. واغتفر التأخير عنه لبلوغهما ذلك للضرورة.

قال الشرواني: وحينئذ اتضح ماقاله الشيخان، واندفع ماقاله السبكي. هذا وقد ذكر الهيتمي أن اعتراض السبكي إنما يتجه على مافهمه الاسنوي من أن القصب في كلام التتمة بالمعجمة[٣].

---

(١) هذا يدل على أن نقل الجملة لايحصل به القبض كما في الشائع. قال الشرواني: أقول: والظاهر خلاف هذا بل ينبغي الاكتفاء بذلك لحصول المبيع في يد المشتري إلا أن يقال: لما كان ممنوعا من التصرف فيه قبل قطعه لم ينظر إليه واشترط القطع لصحة القبض.

(٢) (قوله: ولابُعْد) فيه اشعار بأن المراد أنه شرط قطعه لكن لايجب الوفاء به حالا. الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٤١.

(٣) أي بالضاد (القضب) وقد تقدم معناه.

وأيضا ذكر الهيتمي سبب استثناء القصب وهو سبب يحمل الجواب على اعتراض السبكي. يقول الهيتمي: والذي يتجه لي في تخصيص الاستثناء بالقصب أن سببه أن صغيره لاينتفع به بوجه مناسب لما قصد منه فلا قيمة له ولاتخاصم فيه فلم يحتج للشرط فيه لمسامحة المشتري[١]. بمايزيد فيه قبل أوان قطعه بخلاف صغير غيره ينتفع به لنحو أكل الدواب المناسب لما قصد منه فيقع فيه التخاصم فاحتيج للشرط فيه دفعا له[٢].

---

(١) (قول: لمسامحة المشتري الخ). فيه إشارة إلى أن الزيادة للمشتري، واعتذار عما يقال: أي فائدة في بقائه مع أن الزيادة للمشتري بأنه يسامح بها. الشرواني والعبادي، جـ٤، ص٤٤١ ، ٤٤٢.

(٢) أنظر في هذا. أسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ٩٧ ، شرح جلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٤٠ ، ٤٤١ ، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٦.

المبحث الثاني

مدى تبعية البذر للأرض في البيع

أقول: نبادر إلى القول بأن المالكية والحنفية لم يفرقوا بين بذر زرع يؤخذ مرة واحدة، وبين بذر زرع يؤخذ مرة بعد مرة وذلك فيما اطلعت عليه من كتبهم. وإنما الذي يفرق بينهما هم الشافعية والحنابلة.

إذا اتضح ذلك فانه إذا باع أرضا فيها بذر لم ينبت وقت البيع فهل يتبع الأرض فى البيع ويكون للمشتري، أم أنه لايتبع فيكون للبائع؟.

أقول: اتفق الجمهور على انه إن كان شرط أو عرف عمل به. ثم اختلفوا عند الاطلاق فى البيع على قولين.

القول الأول: لايدخل البذر المغيب فى الأرض ولم ينبت وقت البيع ولايتبعها فى البيع ومن ثم فهو للبائع إلا ان اشترطه المبتاع وبه قال الحنفية باتفاق اذا لم يكن قد عفن[1] حتى لوسقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشترى متطوع فيما فعل كما فى الفتح والكفاية. وبعدم الدخول فى البيع قال بعض الحنفية حتى لو كان البذر قد عفن وهو إطلاق صاحب الهداية، واختيار الفقيه أبى الليث إلا إذا بيع مع الأرض نصا أو دلالة، وصحح فى السراج عدم الدخول الا بالذكر كما فى المجمع وعدم التبعية عند الحنفية مقيد بما قبل التقويم على الأصح[2].

---

(١) عفن الشيء عفنا من باب تعب فسد من نُدُوَّة اصابته فهو يتمزق عند مسّه. وعفن اللحم تغيرت ريحه. المصباح المنير، جـ٢، ص ٤١٨ ، ٤١٩ (كتاب العين).

(٢) حا ، فى الهداية، جـ٥، ص ٤٨٧: «وأما إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه» «هكذا أطلقه فى الهداية وكذا أطلقه غير واحد وقيده فى الذخيرة بما إذا لم يعفن أما إذا عفن فهو للمشترى» شرح فتح القدير وشرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٧.

(=)

وبعد الدخول فى البيع قالت المالكية فى مقابل المشهور،.وهو قول من قال منهم أن إبار الزرع بخروج البذر من يد باذره[1]. وبعدم الدخول أيضا قال الشافعية فى البذر الذي لاثبات لنباته ويؤخذ دفعة واحدة كبر وشعير وهذا مبقى إلى أوان الحصاد فيما يحصد والقلع فيما يقلع، ويثبت للمشتري

(=) «وفى فتاوى الفضلي إذا باع أرضا فيها زرع لم ينبت فان كان البذر قد عفن فى الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع» الكفاية على الهداية، جـ٥، ص ٤٨٧.

«واختيار الفقيه أبى الليث أنه لايدخل فى البيع ويكون للبائع على كل حال إلا إذا بيع مع الأرض نصا أو دلالة كذا فى الذخيرة» الكفاية على الهداية، جـ٥، ص ٧٨٧.

وانظر شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ وزاد: «كما هو إطلاق صاحب الهداية». وانظر تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١، مجمع الانهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٧.

«ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل» شرح فتح القدير والكفاية، جـ٥، ص ٤٨٧.

ويقول الشلبي علي الزيلعي، جـ٤، ص ١١: «إنما لايدخل قبل النبات وبعد التقوم أما إذا نبت ولم يصر متقوما يدخل. قيل: وكذا البذر العفن». وانظر مجمع الانهر السابق.

ويقول ابن الهمام بعد التحقيق: «... وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين أن يعفن فيدخل أولا، فلا» شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٨.

وقال فى الدر: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية إلا إذا نبت ولاقيمة له فيدخل فى الأصح. شرح المجمع».

قال ابن عابدين: اطلاقه يعم ماإذا لم ينبت لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغربال وما إذا عفن» حاشية ابن عابدين وبهامشها الدر المختار، جـ٤، ص ٣٨.

«وبالاطلاق أخذ أبو الليث. نهر. وقال فى الفتح: واختار الفقيه أبو الليث أنه لايدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف»، المصدر السابق.

(١) والزرع عندهم له إبار كابار النخل، وكل ماهو مؤبر من زرع أو ثمر يكون للبائع عملا بالحديث: وقد سبق ذلك عندهم فى الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة.

يقول الدسوقي فى حاشيته على الشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١: «... وخلاف المشهور عدم تناول الأرض للبذر لأن إبار الزرع المفبت لدخوله تبعا خروجه من الأرض أي ظهوره على وجهها هو المشهور ... وقيل: أن ابار الزرع بخروج البذر من يد باذره وعليه فلا يتناول العقد على الأرض البذر ولاالزرع».

ويقول العدوى على الخرشي، جـ٥، ص ١٨١: «ومقابل الرواية المشهورة أنها لاتتناول البذر فعلى هذا إباره وضعه بالأرض»، وانظر حاشية العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٤.

الخيار إن جهله فان تركه البائع له سقط خياره، وكذلك اذا قال البائع: آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا إن أمكنه ذلك فى زمن يسير. وإن اختار المشترى الابقاء إلى الحصاد فلا أجرة على الأصح وقد مر ذلك[1]، ووجه عندهم فى بذر زرع أصله للمشترى كنوى النخل[2]. وبعدم الدخول فى البيع قال الحنابلة باتفاق فى يدر زرع لايؤخذ إلا دفعة واحدة كالبر والشعير

(١) لاحظ ماسبق فى جبر البائع على القطع والقلع اذا كان الزرع له، وسيأتى الخيار.
وفى شرح جلال المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦: «والبذر -بالذال المعجمة- كالزرع. فالبذر الذى لاثبات لنباته ويؤخذ دفعة واحدة لايدخل فى بيع الأرض ويبقى إلى أوان الحصاد ومثل الحصاد القلع فيما يقلع».
وفى الروضة، جـ٣، ص ١٩٧: «لو كانت الأرض المبيعة مبذورة ففى البذر الكامن مثل التفصيل المذكور فى الزرع. فالزرع الذي لاثبات لنباته ويؤخذ دفعة واحدة لايدخل فى بيع الأرض ويبقى إلى أوان الحصاد وللمشترى الخيار إن كان جاهلا به فان تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول. ولو قال -البائع- آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا إن أمكن ذلك فى زمن يسير».
وانظر المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . اسنى المطالب وحاشية الرملى، جـ٢، ص ٩٧ . تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادي، جـ٤، ص ٤٤٤ . وانظر الأم، جـ٤، ص ٤٥ مجلد/٢.
وفى التتمة، جـ٤، ورقة ١٦١: «وأما إذا كان بذر زرع يحصد مرة فان اطلق العقد لم يدخل فيه».
وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧٤: «وان كان بذر زرع يؤخذ اذا استحصد ولايبقى أصله كبذر الحنطة والشعير والذرة فان اطلق البيع ولم يشترط دخول البذر فى البيع صح البيع فى الارض ولم يدخل البذر فى البيع وعلى المشترى تبقية هذا البذر فى أرضه الى ان يستحصد كالزرع. فان علم المشترى بأن الارض مبذورة فلا خيار له، وان لم يعلم أنها مبذورة فله الخيار لأن فى بقائه فى ارضه ضررا عليه فثبت له الخيار لأجل ذلك فان قال البائع: أنا آخذ هذا البذر وأمكنه ذلك فى زمان لايضر بمنافع الأرض لم يكن للمشترى الخيار. قال الأمام: وكذلك ان رضى البائع بتركه للمشترى فلا خيار له لأنه زاده خيرا بالترك ولزمه قبوله لأن فيه تصحيحا للعقد».
وقال الماوردي: «اذا ابتاع أرضا فيها بذر لزرع لايبقى له بعد حصاده أصل كالبر والشعير فالبذر للبائع خارج من العقد» الحاو يالكبير، جـ٦، ص ٢٢١.

(٢) وسيأتى فى القول الثانى ان الخلاف فى بذر هذا النوع كالخلاف فى الشجر، وقد مضى ذكره فى مدى تبعية الشجر للأرض المبيعة.

ونحوهما. وبه قال ابن عقيل منهم في زرع يبقى أصله في الأرض كالنوى وبذر الرطبة ونحوهما وهو ظاهر الاطلاق في عيون المسائل ولتلخيص[١].

القول الثاني: يتبع البذر الأرض فيدخل في البيع ويكون للمشتري الا ان اشترطه البائع أو جرى به عرف. وبه قال الحنفية في الأصح في بذر قد عفن في الارض. وقول لهم في بذر نبت ولم يصر متقوما[٢].

---

(١) يقول ابنا قدامة: «وإن كان بذرا لما يستحقه البائع كالشعير فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له». المغني جـ٤، ص ٢١٤ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٤.
وفي الانصاف، جـ٥، ص ٥٩: «وإن كان لايبقى أصله كالزرع ونحوه فحكمه حكم الزرع البادي أي الظاهر، فإن كان أصله يبقى في الأرض كالنوى وبذر الرطبة ونحوهما ... وعند ابن عقيل لايدخل فيها جميعا وأطلقهما في التلخيص ... قال في الفروع والفائق: وعند ابن عقيل لايدخل وأطلق في عيون المسائل أن البذر لايدخل...».
وفي كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٨٧: «وإن لم يرد بالبذر الدوام في الأرض بل أريد به النقل منها إلى موضع اخر ويسمى الشتل، أو كان أصله لايبقى في الأرض كبذر البر ونحوه فكزرع فهو للبائع ونحوه ...». وانظر . الروض المربع وحاشية العنقري، جـ٢، ص ١٢٦.
ويقول البهوتي في موضع آخر: «وإن كان في الأرض المبيعة زرع لايحصد إلا مرة واحدة سواء نبت ذلك الزرع أو لا، كبر وشعير وقطنيات وهي العدس والباقلاء ونحوها كجزر وفجل وثوم وبصل ونحوه كدخن وذرة ... لم يدخل ماذكر من الزرع في البيع وهو لبائع ونحوه مبقى إلي الحصاد وإلى قلع بلا أجرة على البائع إن لم يشترطه مشتر ونحوه فان شرطه فهو له قصيلا كان أو ذا حب مستترا أو ظاهرا معلوما أو مجهولا. لأنه بالشرط يدخل تبعا للأرض فهو كأساسات الحيطان». كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، وانظر الروض المربع وحاشية العنقري، جـ٢، ص ٢٥.

(٢) أنظر نصوصهم بهامش القول الأول. وفي مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٧: «لايدخل في بيع الأرض حب بذر ولم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة ... وإن نبت البذر ولم تصر له قيمة بعد دخل في البيع، وقيل: لايدخل وصرح في التنجيس بأن الصواب الدخول كما نص عليه القدوري والاسبيجاني. وفصل في الذخيرة في غير النابت بين ما إذا لم يعفن أولا فان عفن فهو للمشتري ... وفي البحر: وصحح في السراج عدم الدخول إلا بالذكر، وصحح في المحيط دخول الزرع قبل النبات. فالحاصل أن المصحح عدم الدخول ولو لم يكن له قيمة إلا قبل النبات فالصواب دخول ما لاقيمة له فاختلف الترجيح فيما لاقيمة له».
ولاحظ الدر المنتقى على مجمع الأنهر السابق. وبعد أن ذكر ابن عابدين اطلاق صاحب(=)

وبالدخول فى البيع قالت المالكية فى المشهور شرطه المشترى أم لم يشترطه ولايجوز للبائع اشتراطه[١].

وهو الصحيح فى مذهب الشافعية فى البذر الذي يدوم زرعه كنوى النخل وبذر الكرات ونحوه من البقول فهذا النوع عندهم حكمه فى تبعيته حكم الشجر[٢]، والحنابلة فى صحيح مذهبهم كالشافعية إلا أن اشترطه

(=) الدر فى عدم الدخول حتى العفن قال: «واختار الفضلى وتبعه فى الذخيرة أنه حينئذ يكون للمشترى لأنه لايجوز بيعه على الافراد». حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

(١) يقول الدردير: «وتناول العقد على الأرض مافيها من بذر لاالزرع الظاهر على وجهها».
قال الدسوقى: «وتناول أيضا البذر المغيب فيها لا الزرع البارز على وجهها هذا هو المشهور». الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقى، جـ٣، ص ١٧١.
وانظر شرح الخرشي وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨١، جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩، القوانين، ص ٢٢٥. والشرح الصغير على أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١ «وتناولت الأرض إذا بيعت أورهنت. البذر الذي لم ينبت فيدخل فى بيعها».
وفى القوانين، ص ٢٢٥: «ومن باع أرضا وفيها زرع فان لم يظهر فهو للمشتري شرطه أو لم يشترطه، ولايجوز أن يشترطه البائع لأنه كالجنين فى بطن الجارية». وانظر حاشية العدوى على كفاية الطالب، جـ٢، ص ١٦٤.

(٢) مرّ حكم تبعية الشجر للأرض المبيعة وخلاف الأصحاب فيه. ويقول النووى: «لو كانت الأرض المبيعة مبذورة ففى البذر الكامن مثل التفصيل المذكور فى الزرع ... والبذر الذي يدوم كنوى النخل والجوز واللوز، وبذر الكرات ونحوه من البقول حكمه فى الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار وجميع ماذكرنا فى المسألتين -الزرع والبذر- هو فيمن أطلق بيع الأرض»، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٧.
ويقول الهيتمى: «والبذر كالزرع فيما ذكر. فان كان مزروعه يدوم كنوى النخل دخل وإلا فلا. ويأتى فيه الخيار وفروعه»، تحفة المحتاج وعليه الشروانى والعبادي، جـ٤ ،ص٤٤٤.
وفى شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦: «والبذر الذي يدوم كنوى النخل وبذر الكرات ونحوه من البقول حكمه فى الدخول فى بيع الأرض حكم الشجر».
قال قليوبى: «أي فيدخل عند الاطلاق ويصح البيع مع استثنائه. نعم إن كان مما جرت العادة بنقله من الأرض لتحويله بموضع آخر فهو كالزرع الذي لايدوم. قاله شيخ شيخنا عميرة» حاشية قليوبى على شرح جلال المحلى السابق.
وفى الأسنى، جـ٢، س ٩٢: «للبذر الكامن فى الأرض حكم نابته فيدخل فى بيعها بذر النخل والقضب بمعجمة ساكنة أو بمهملة مفتوحة ونحوه مما يدوم كنوى الجوز واللوز، وبذر الكرات والنعناع». (=)

البائع أو استثناه[١]، مالم تكن العادة جرت بنقله من الأرض لتحويله بموضع آخر، فان جرت العادة بذلك فحكمه حكم الزرع الذى لايدوم، أي يكون للبائع فلا يدخل فى البيع الا بالشرط.

قاله قليوبى وعميرة من الشافعية[٢]، والبهوتى من الحنابلة[٣]، وقال عميرة: ثم اعلم ان معنى دخول البذر الذي يدوم فى البيع جعله تابعا للأرض كالحمل فلا تشترط رؤيته قبل ذلك بل لوجهل جنسه ونوعه[٤] وذكره البهوتى فقال: «ولاتضر جهالته لأنه يدخل تبعا كالحمل والنوى فى التمر»[٥].

الأدلـــــة:

دليل القول الأول: استدل من قال بعدم دخول ماذهب إليه بالآتى:

(=) وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧٤: «اذا اشترى ارضا مبذورة فان كان البذر مما يتبقى اصله فى الأرض سنتين وثلاث كبذر الكرات وما اشبهها من البقول دخل البقل فى بيع الأرض».
وفى التتمة، جـ٤، ورقة ١٦١: «اذا كان فى الأرض بذر، وأراد بيع الأرض فان كان هذا بذر زرع يحصد مرة بعد مرة فيدخل فى اطلاق البيع».

(١) يقول البهوتى: «وإن كان فى الأرض المبيعة بذر فان كان أصله يبقى فى الأرض كالنوى وبذر الرطبة ونحوها كبذر الهندبا، فحكمه حكم الشجر، علقت عروقه أم لا»، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨.
ويقول ابنا قدامة: «واذا اشترى أرضا وفيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطبة والبقول التى تجز مرة بعد أخرى فهو للمشتري وسراء علقت له عروق فى الأرض أو لا». الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤، والمغنى، جـ٤، ص ٢١٤، حاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٦.
وفى الانصاف، جـ٥، ص ٥٩: «لو كان فى الأرض بذر، فان كان أصله يبقى فى الأرض كالنوى وبذر الرطبة ونحوهما فحكمه حكم الشجر على ماتقدم ... هذا المذهب اختاره القاضي وجزم به فى المغنى والشرح وشرح ابن رزين وقدمه فى الرعايتين والحاوي الصغير ... قال فى الفروع والفائق: والبذر إن بقى أصله فكشجر وإلا كزرع عند القاضي».

(٢) حاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٦.

(٣) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨.

(٤) حاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٧.

(٥) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨.

أولا: استدل الحنفية بعدم دخول البذر فى بيع الأرض على كل حال: بأنه مودع فى الأرض فصار كالمتاع الموضوع فيها فلا يدخل[١]، ولأنه يمكن أخذه بالغربال[٢].

ثانيا: استدل المالكية لمقابل المشهور: بأن إبار الزرع على هذا القول بخروج البذر من يد باذره أي بوضعه في الأرض[٣]، والحكم منوط بالابار فما أبر للبائع فلا يدخل، ومالم يؤبر للمشتري فيدخل، وذلك للحديث المار فى مدى تبعية الثمر للشجر فى البيع.

واستدلوا أيضا بأن البذر ليس جزءا من الأرض فهو أشبه بالزرع الذي خرج على وجهها بخلاف البناء والشجر[٤].

ثالثا: استدل الشافعية والحنابلة على عدم تبعية بذر الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة للأرض فى البيع بأنه مودع فى الأرض فلم يدخل فى بيعها قياسا على الركاز[٥]، واستدلوا بنفس الأدلة التى استدلوا بها على عدم دخول الزرع الذي يؤخذ دفعة واحدة، وجماع هذه الأدلة أن زرع هذا البذر ليس للدوام والثبات فهو يراد للنقل فأشبه الثمرة المؤبرة فى بيع الشجرة والمتاع الموضوع فى الدار المبيعة[٦].

يقول الماوردي: «لأنه مستودع فى الأرض لتكامل المنفعة لا

---

(١) تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ ، الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير، جـ٥، ص٤٨٧.

(٢) الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٧ . حاشية عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

(٣) الخرشي والعدوي، جـ٥، ص ١٨١ . الدسوقي والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المهذب، جـ١، ص ٢٨٠ . المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٥ ، تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦١.

(٦) شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦ ، أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦ ، وعليه حاشية الرملى. تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٢٤٢ ، المغنى والشرح السابق ذكرهما، كشاف القناع، جـ٣، ص٢٧٨.

للاستدامة»[١].

يقول العمراني: «لأنه مودع فى الأرض يراد للنقل والتحويل فهو كالزرع»[٢]. وعن سؤال مفترض أجاب فى الأم بقوله: «فان قال قائل: كيف لم تجعل هذا كما لم يخرج من ثمر الشجر[٣]، وولاد الجارية[٤]؟.

قيل له ان شاء الله تعالى: اما ثمر الشجر فأمر لاصنعة فيه للآدميين هو شئ يخلقه الله عز وجل كيف شاء، لاشئ استودعه الآدميون الشجر لم يكن فيها فأدخلوه فيها، وماخرج منه فى عامه خرج فى أعوام بعده مثله لأن خلقه الشجر كذلك، والبذر ينثر فى الأرض انما هو شئ يستودعه الآدميون الأرض ويحصد فلا يعود إلا أن يعاد فيها غيره. ولما رأيت ماكان مدفونا فى الأرض من مال وحجارة وخشب غير مبنية كان للبائع لأنه شئ وضعه فى الأرض غير الأرض لم يجز ان يكون البذر فى ان البائع يملكه الامثله لأنه شئ وضعه البائع غير الأرض.

فان قال قائل: كيف لايخرج زرعه كما يخرج مادفن فى الأرض من مال وخشب؟.

قيل له: دفن تلك فيها ليخرجها كما دفنها لالتنمى بالدفن، واذا مر بالمدفون من الحب وقت فلو أخرجه لم ينفعه لقلب الأرض له، وتلك لاتقبلها.

فأما ولد الجارية فشئ لاحكم له إلا حكم أمه ألا ترى أنها تعتق ولايقصد قصده بعتق فيعتق وتباع ولايباع فيملكه المشتري وأن حكمه فى العتق والبيع حكم عضو منها[٥].

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢١.
(٢) البيان، جـ٣، ورقة ٧٤.
(٣) أي قياسا على ثمر لم يظهر حيث انه يدخل فى البيع ويكون لمشترى الشجرة.
(٤) أى قياسا على الحمل فانه يدخل فى بيع امه ويكون للمشترى.
(٥) الأم، جـ٣، ص ٤٥ ، ٤٦ مجلد/ ٢.

واستدل ابن عقيل على عدم دخول بذر الزرع الذي يدوم في الأرض بأنه عين مودعة في الأرض فكانت في حكم الحجر والخشب المدفونين[١]، فالبذر في نظره سواء في الحكم لافرق بين بذر وبذر فالجميع عنده لايدخل كالزرع الذي يؤخذ دفعه واحدة.

دليل القول الثاني: استدل من قال بدخول ماذهب إليه بالآتي:

أولا: دليل بعض الحنفية على دخول البذر العفن. قال: أن بيع العفن بانفراده لايصح فكان تابعا للأرض. ولأنه صار جزءا من أجزاء الأرض لعدم جواز بيعه على الانفراد فيتبع بيع الأرض[٢].

ثانيا: استدل المالكية على المشهور بأن إبار الزرع خروجه على وجه الأرض وهو المشهور في إبار الزرع والحكم منوط بالابار كما تقدم، والبذر المغيب في الأرض لم يؤبر بعد على المشهور في معنى الابار فكان تابعا للأرض في البيع وهو أشبه حينئذ بجزء الأرض كالبناء والشجر[٣]، وقال ابن جزي: «لأنه كالجنين في بطن الجارية»[٤].

ثالثا: استدل الشافعية والحنابلة على صحيح المذهب وهو دخول بذر الزرع الذي يدوم بأنه يترك في الأرض للتبقية فهو كأصول الشجر، ولأنه لوكان ظاهرا كان له فالمستتر أولى[٥].

---

(١) الانصاف، جـ٥، ص ٥٩.

(٢) شرح العناية وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ ، مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٧ ، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١ ، الخرشي والعدوي، جـ٥، ص١٨١، الدسوقي والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧١.

(٤) القوانين الفقهية، ص ٢٢٥.

(٥) المغني، جـ٤، ص ٢١٤ ، والشرح، جـ٢، ص ٢٠٤ ، كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨ ، حاشية العنقري، جـ٢، ص ١٢٦ ، أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦ ، شرح المحلي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ ، المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، الرملي على الأسنى السابق.

ويقول العمراني: «لأنه بذر فيها للبقاء لا للنقل والتحويل»[١].

وفى التتمة: «لأن هذا يراد للبقاء والدوام فهو كعروقه»[٢].

الراجـــح:

والرجح فى نظرنا هو ماذهب إليه المالكية فى مشهورهم من أن البذر المغيب فى الأرض -المبيعة- وقت البيع يتبع الأرض فيدخل فى بيعها ويكون للمشترى شرطه أو لم يشترطه كما قال ابن جزى ولاينالة البائع بالشرط لأنه كالجنين فى بطن امه[٣]، لافرق بين بذر وبذر. فهذا القول فى نظرنا أيسر فى التعامل وفيه سد لباب التنازع والتخاصم. وايضا فان اقدام البائع على بيع أرضه وفيها البذر قرينة علي رضاه بتركه للمشترى.

اما القول بعدم الدخول فى حال من الأحوال فان فيه فتحا لباب التخاصم، والقول بأنه يمكن للبائع أخذه بالغربال قول عسير لايستقيم في المساحات الكبيرة اذ كيف يمكن لبائع الأرض غربلة مساحة فدان مثلا أو أقل. فالغربلة هذه تحتاج إلى جمع تراب الارض الذى استتر به الحب ثم يغربل لعزل الحب عن التراب، حتى لو أمكن ذلك فانه سيضيع من الحب الكثير فضلا عن ثقل مؤنة هذه التصفية كما هو مشاهد لنا وملموس فى قرانا الزراعية مما يجعل البائع يعزف عنه.

(١) البيان، جـ٣، ورقة ٧٤.

(٢) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦١.

(٣) لاحظ نص ابن جزى فى قوانينه بهامش القول الثانى.

مسألة

البذر إذا لم تكن له قيمة هـل يدخـل فـى بيـع الأرض؟

هذه المسألة سبق الأشارة اليها عند الحنفية فى القولين السابقين وتحرير المسألة عندهم أن الخلاف على قولين.«وذكر فى الهداية قولين فى هذه المسألة بلا ترجيح»(١).

القول الأول: اذا نبت البذر ولم تكن له قيمة لايدخل فى البيع ويكون للبائع وبه قال أبو القاسم الصفار، والفقيه أبو الليث والامام الفضلى وصححه فى السراج: «وفي السراج لو باعه بعد مانبت ولم تنله المشافر والمناجل فالصحيح أنه لايدخل إلا بالتسمية»(٢). وقال فى مجمع الأنهر: المصحح عدم الدخول(٣).

«وذكر فى التجنيس: أن الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والاسبيجاني»(٤).

وذكر ابن عابدين كلام صاحب الفتح فى سبب الخلاف ثم قال: «وظاهره اختيار عدم الدخول لاختياره جواز بيعه، وبه صرح فى السراج حيث قال: لو باعه بعد مانبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان والصحيح أنه لايدخل إلا بالتسمية، ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أولا، الصحيح الجواز أ.هـ»(٥).

القول الثانى: إذا نبت البذر ولم تكن له قيمة دخل فى البيع كما فى

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣، ص ٣٨.
(٢) الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٧.
(٣) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٧.
(٤) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨
(٥) حاشية ابن عابدين السابقة.

شرح القدوري وشرح القاضى الامام الاسبيجاني وصححاه وبه قال أبو بكر الاسكاف أما قبل النبات فالصواب كما فى مجمع الأنهر دخول مالا قيمة له[1].

وتعرف قيمته بأن تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فان كان قيمتها مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوما[2]، قال ابن

(١) ونصوص الحنفية دالة على ماذكرنا ففى مجمع الأنهر السابق: «فالحاصل أن المصحح عدم الدخول ولم يكن له قيمة إلا قبل النبات فالصواب دخول مالا قيمة له فاختلف الترجيح فيما لاقيمة له».
وفى الدر المنتقى السابق: «وكذا لايدخل حب بذر فى الأرض ولم ينبت بعد لامكان أخذه بالغربال، وكذا لونبت وصار له قيمة ... وإن نبت البذر ولم تصر له قيمة بعد دخل فى البيع وقيل: لا. والأول أصح كما فى شرح المجمع».
وفى الهداية، جـ٥، ص ٤٨٧: «إذا نبت البذر ولم يصر له قيمة فقد قيل لايدخل فيه، وقد قيل يدخل فيه»، وانظر الكفاية على الهداية السابق.
وفى شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٧: «ولو نبت ولم يصر له قيمة قال أبو القاسم الصفار: لايدخل. وقال أبو بكر الاسكاف: يدخل».
وفى الكفاية على الهداية، جـ٥، ص ٤٨٧: «وفى شرح القدروى وشرح القاضي الامام ... أما إذا نبت ولم تصر له قيمة بعد يدخل، وقيل لايدخل والأول أصح ... وفى فتاوى الفضلي ... وكذلك إذا نبت ولم يتقوم بعد فهو للبائع».
وفى تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١: «ولافرق بين ما إذا كان للزرع قيمة أو لم يكن له قيمة فى الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لأن بيعه منفردا يجوز فى الحالين فى الأصح فكذا لايدخل فى بيع الأرض تبعا». وانظر شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٧.
وفى شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨: «ولو باعها بعد مانبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لايدخل فيكون للبائع، وقيل: يدخل. ولم يرجح صاحب الهداية منهما شيئا ورجح فى التجنيس قال فيه: قال الفقيه: لايدخل والصواب أنه يدخل نص عليه القدوري فى شرحه وفى شرح الاسبيجاني. وقول الفقيه أبى الليث هو قول أبى القاسم ... وفى فتاوى قاضيخان: قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل هذا إذا صار الزرع متقوما أي لايدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر».
وفى الكفاية، جـ٥، ص ٤٨٧: «وفى شرح القدورى وشرح القاضي الامام الاسبيجاني أن الزرع إنما لايدخل فى بيع الأرض من غير ذكر إذا لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة .. واختيار الفقيه أبى الليث أنه لايدخل فى البيع ويكون للبائع فى كل حال إلا إذا بيع مع الأرض نصا أو دلالة كذا فى الذخيرة».

(٢) مجمع الأنهر والدر المنتقى، جـ٢، ص ١٧ . وشرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٧.

الهمام معلقا على القائل بذلك: وكان المناسب أن يقول: تقوم الأرض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فللزائد قيمته، وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول: إذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بأنه لايجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة[١].

منشأ الخلاف عند الحنفية:

ومنشأ الخلاف عند الحنفية فى هذه المسألة مبنى على خلاف آخر، هو هل يجوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل[٢]، يعنى فمن جوز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا[٣]، وصحح فى السراج الجواز[٤]، وكذلك الزيعلى والبابرتى وقالا: بيعه منفردا يجوز فى الأصح[٥].

وقال ابن الهمام: ولايخفى أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه ويدخوله فى البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٨ ، قاله تعليقا على الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل عند ضبطه لما يعرف به هذا التقوم فى فتاوى قاضيخان.

(٢) الهداية، جـ٥، ص ٤٨٨ ، والمشافر جمع مشفر. ومشفر البعير شفته، والمناجل جمع منجل وهو مايحصد به الزرع ، شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٨، أى قبل أن يمكن أكل الدواب له وتناله بمشافرها وقبل أن يمكن حصده بالمناجل. فان مشفر البعير شفته جمعها مشافر. والمنجل مايحصد به الزرع جمعه مناجل. انظر. تقريرات بعض الفضلاء بهامش حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

(٣) شرح العناية السابق.

(٤) فى الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٧: «وفى السراج: ولو باعه بعد مانبت ولم تنله المشافر والمناجل فالصحيح أنه لايدخل إلا بالتسمية ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أو لا؟ الصحيح الجواز».

(٥) قالا: ولافرق بين ماإذا كان للزرع قيمة أو لم يكن له قيمة في الصحيح ويكون فى الحالين للبائع لأن بيعه منفردا يجوز فى الحالين فى الأصح فكذا لايدخل فى بيع الأرض تبعا»، تبيين الحقائق، جـ٤، ص ١١ ، شرح العناية، جـ٥، ص ٤٨٨.

الجحش كما ولد على رجاء حياته فينتفع به فى ثاني الحال[(١)].

قال ابن عابدين: «والخلاف مبنى علي الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل. قال فى الفتح: يعنى أن من قال: لايجوز بيعه قال: يدخل. ومن قال: يجوز قال: لايدخل. ولايخفى أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه. والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد رجاء حياته فينتفع به فى ثانى الحال أ. هـ».

ثم قال ابن عابدين: «... صرح فى السراج ... ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أو لا؟ الصحيح الجواز أ. هـ»[(٢)].

ثم إن ابن عابدين ذكر الحاصل فى المسألة ومحل الوفاق والخلاف والاصح فيه. فقال: «والحاصل: أن الصور أربع لأنه إما أن يكون بعد النبات أو قبله، وعلى كل إما أن يكون له قيمة أو لا، ولايدخل فى الكل».

لكن وقع الخلاف فيما ليس له قيمة قبل النبات أو بعده، ففى الثانية الأصح الدخول كما ذكره الشارح، بل علمت أنه الصواب. وظاهر الفتح اختيار عدمه وبه صرح فى السراج، وكذا فى الأولى اختلف الترجيح فاختار الفضلى الدخول، واختار أبو الليث عدمه كما قدمناه عن النهر والفتح، واقتصار الشارح على استثناء الثانية فقط يفيد ترجيح ما اختاره أبو الليث، فى الأولى لكن قدمنا عن الفتح أن اختيار أبى الليث أنه لايدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف، وظاهره عدم الدخول فى الصور الأربع وقد وقع فى البحر هاهنا خلل فى فهم كلام السراج المتقدم وفى بيان الخلاف فى الصور المذكورة، والصواب ماذكرناه كما أوضحته فيما علقته عليه. فافهم»[(٣)].

(١) شرح فتح القدير، جـ٥، ص ٤٨٨.
(٢) المرجع السابق.
(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

المبحث الثالث

خيار المشترى فى بيع الأرض
مغروسة أو مبذورة أو مزروعة

اذا بيعت الأرض وبها شجر عليه ثمر للبائع[١]، أو بها بذر، أو زرع للبائع فقد سبق أن الجمهور قال: أن كل ذلك مبقى إلى وقت الجذاذ أو الحصاد، ولا يجبر بائع الأرض على جذاذه أو حصاده. ولاشك فى أن هذا يلحق الضرر بالمشترى لأنه يفوت عليه منفعة أرضه مدة. وأيضا قد يكون بها من الشجر مالا يدخل فى ملك المشتري أو بها مايضر بشجره. ومن ثم يثور سؤال مفاده: هل من حق المشترى أن يتمسك بالخيار ليدفع عن نفسه هذا الضرر؟ الجواب أن فى ذلك تفصيل نذكره[٢].

أولا: اذا كان بالأرض المبيعة شجر:

اذا كان بالأرض المبيعة شجر عليه ثمر للبائع، فان الفقهاء يفرقون بين ما اذا كان المشترى قد علم الحال، وبين عدم علمه بالحال.

فان كان عالما فلا خيار له لأنه رضى بذلك. أما إذا لم يكن قد علم بالحال فله الخيار.

جاء فى الام معللا: «... فان كانت الأرض غائبة عند البيع عن البائع والمشتري أو عن المشتري دون البائع فوجد فى شجرها ثمرا قد أبر ... فالمشتري بالخيار اذا علم هذا. لأن هذا عليه نقصا بانقطاع الثمرة عنه عامه ذلك وحبس شجره بالثمرة وبالداخل فيها عليه اذا كانت له ثمرتها لأن ليس له أن يمنعه الدخول عليه فى أرضه لتعاهد ثمرته، ولايمنع من يصلح له أرضه

---

(١) لاحظ المبحث الرابع من الفصل الأول من الباب الثانى «حكم ثمار الأشجار التى بيعت أرضها ...».

(٢) لاحظ المباحث السابقة من هذا الفصل.

من عمل له فان أحب أجاز البيع وان أحب رده. وإذا اشترى وهو عالم بما خرج من ثمرها فلا خيار له»[١]. وإذا اشترى الارض وفيها أشجار مع الاشجار وكان في القلع ضرر من حيث أنه لايمكن قلعها إلا بقطع عروق الأشجار فله الخيار[٢].

أقول: فله الخيار إن جهل الحال لأن الشافعي قيده في الأم بذلك في المسألة التالية.

جاء في الأم: وإن كان له[٣] في الأرض خشب أو حجارة مدفونة ثم غرس الأرض على ذلك ثم باعه الأصل ثم لم يعلم المشترى بالحجارة التى فيها نظر. فان كانت الحجارة أو الخشب تضر بالغراس وتمنع عروقه كان المشترى بالخيار في الأخذ أو الرد. لأن هذا عيب ينقص غرسه. وان كان لاينقص الغرس ولايمنع عروقه وكان البائع اذا أراد إخراج ذلك من الأرض قطع من عروق الشجر مايضربه. قيل لبائع الأرض: أنت بالخيار بين أن تدع هذا وبين رد البيع، فان أحب تركه للمشتري تم البيع وان امتنع من ذلك قيل للمشترى: لك الخيار بين أن يقلعه من الأرض وما أفسد عليك من الشجر فعليه قيمته ان كانت له قيمة أو رد البيع[٤].

ثانيا: اذا كان بالأرض المبيعة بذر أو زرع[٥]:

إذا كان بالأرض المبيعة زرع أو بذر للبائع فان كان المشترى عالما به

---

(١) الأم، جـ٣، ص ٤٥ مجلد/ ٢.

(٢) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٣.

(٣) أي للبائع.

(٤) الأم، جـ٣، ص ٤٧ مجلد/٢ . ولاحظ التتمة، جـ٤، ورقة ١٦٢ ، والحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢٢ وما يليها.

(٥) يقول الماوردى: «فاذا ثبت أن الزرع لايدخل في البيع فلا يخلو حال المشتري من أن يكون عالما بالزرع أو غير عالم. فان كان عالما بالزرع فلا خيار له في الفسخ، وإن(=)

فلا خيار له فى الفسخ وإن ادعى عدم العلم به، فان كان مثله يجهله فانه

(=) لم يكن عالما بالزرع لأنه ابتاعها عن رؤية متقدمة ولم يرها وقت العقد فله الخيار فى فسخ العقد لأن الزرع عيب لمنعه منفعة الأرض فان فسخ رجع بالثمن، وان أقام فللبائع ترك الزرع فى الأرض إلى وقت حصاده». الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٨.

وعن البذر يقول: «اذا ابتاع أرضا فيها بذر لزرع لايبقى له بعد حصاده أصل كالبر والشعير فالبذر للبائع خارج من العقد لأنه مستودع فى الأرض لتكامل المنفعة لا للاستدامة. فان كان المشتري عالما به فلا خيار له فى فسخ البيع، وان كان غير عالم فهو بالخيار فان أقام كان البذر مقرا فى الأرض إلى وقت حصاده كما قلنا فى الزرع»، الحاوى الكبير، جـ٦، ص٢٢١، وانظر شرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٦.

وفى التتمة، جـ٤، ورقة ١٦١: «اذا لم يكن المشترى عالما بأن فى الأرض بذر فله الخيار لأن فى بقاء البذر فى الأرض تعطيل منفعة الأرض عليه فلو قال البائع: أنا أخرج البذر من الأرض حتى تسلم لك الأرض وأمكنه ذلك على وجه لايفوت عليه منفعة الأرض سقط خياره».

وفى البيان، جـ٣، ص ٧٤: «فان علم المشترى بأن الأرض مبذورة فلا خيار له، وان لم يعلم أنها مبذورة فله الخيار لأن فى بقائه فى أرضه ضررا عليه فثبت له الخيار لأجل ذلك فان قال البائع: أنا آخذ هذا البذر وأمكنه ذلك فى زمان لايضر بمنافع الأرض لم يكن للمشترى الخيار. قال الامام: وكذلك ان رضى البائع بتركه للمشترى فلا خيار له لأنه زاده خيرا بالترك ولزمه قبوله لأن فيه تصحيحا للعقد».

وفى الروضة، جـ٣، ص ١٩٥: «... فللمشترى الخيار ان جهل الحال بأن كانت رؤية الأرض سابقة على البيع والا فلا. وهل يحكم بصير الأرض فى يد المشتري ودخولها فى ضمانه اذا خلى البائع بينه وبينها ؟ وجهان. أحدهما: لا، لأنها مشغولة فأشبهت الدار المشحونة بأمتعته، وأصحهما: نعم لحصول تسليم الرقبة المبيعة، ويخالف الدار، فان تفريغها ممكن فى الحال».

وعن اسقاط خيار المشترى يقول محقق الروضة بالهامش: «يستثنى من ثبوت الخيار مسألتان. احداهما: أن يتركه البائع فيسقط خيار المشترى وعليه القبول. الثانية: اذا قال: أنا أفرغ الأرض وقلعه غير مضر بالأرض فلا خيار. نص عليه الشافعى والأصحاب. قالوا: وهو فيما إذا قصر زمانه. وفى المطلب عن الماوردى والبندنيجى أن الزمن القصير اليوم أو بعضه. وقول النووى: بأن كانت رؤية الأرض سابقة على البيع أي قبل أن يحط الزرع فيها، وكذا لو كانت ترى اجزاؤها مع وجود الزرع بأن تتباعد منابت الزرع بخلاف ما لرتقاربت وسترت وجه الأرض».

وفى البيان، جـ٣، ورقة ٧٣ ، ٧٤: «اذا اشترى عينا غائبة عنه وقد كان رآها قبل ذلك غير مزروعة ثم وجدها مزروعة ... قال الشافعي: فللمشترى الخيار لأنه يفوت زرع تلك السنة فى الأرض فثبت له الخيار، ولأن ملكه يبقى مشغولا بحق غير وذلك نقص فثبت فيه الرد» . (=)

يثبت له الخيار لأنه انما رضى يبذل ماله عوضا عن الأرض بما فيها فان بان

(=) وفى الأم، جـ٣، ص ٤٥ ، ٤٦: «فان كانت الأرض غائبة عند البيع عن البائع والمشترى أو عن المشترى دون البائع فوجد ... أو زرعا قد طلع فالمشتري بالخيار إذا علم هذا إن كان قد رأى الأرض قبل الشراء ورضيها لأن هذا عليه نقصا ... وشغل أرضه بالزرع وبالداخل فيها عليه لأنه ليس له أن يمنعه الدخول عليه فى أرضه لتعاهد ثمرته، ولايمنع من يصلح له أرضه من عمل له فان أحب أجاز البيع وان أحب رده. واذا اشترى وهو عالم، بما خرج من ثمرها فلا خيار له ... واذا باع الرجل الرجل أرضا فيها حب قد بذره ولم يعلم المشتري فالحب كالزرع قد خرج من الأرض لايملكه المشتري لأنه تحت الأرض ومالم يملكه المشترى بالصفقة فهو للبائع وهو ينمى نماء الزرع فيقال: للمشترى: لك الخيار فان شئت فأخذ البيع ودع الحب حتى يبلغ فيحصد كما تدع الزرع، وان شئت فانقض البيع اذا كان يشغل أرضك ويدخل عليك فيها به من ليس عليك دخوله الا أن يشاء البائع أن يسلم الزرع للمشترى أو يقلعه عنه ويكون قلعه غير مضر بالأرض فان شاء ذلك لم يكن للمشترى خيار لأنه قد زيد خيرا، وإن لم يسمه كان للمشترى الخيار لاختلاف الزرع فى مقامه فى الأرض وإفساده إياها. وإن كان البائع قد أعلم المشترى أن له فى الأرض التى باعه بذرا سماه لايدخل فى بيعه فاشترى على ذلك فلا خيار للمشتري وعليه أن يدعه حتى يصرم فان كان مما يثبت من الزرع تركه حتى يصرمه ثم كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولاقطعه».

وفى الأسنى، جـ٢، ص ٩٦: «وللمشترى الخيار ان جهل ازدراعها بأن رآها قبله. قال الأذرعى: أو لم يسترها الزرع لتأخر انتفاعه.نعم ان تركه له البائع أو قصر زمن التفريغ سقط خياره كما فى البذر. أما العالم بذلك فلا خيار له لتقصيره. نعم إن ظهر أمر يقتضى تأخير الحصاد عن وقته المعتاد فله الخيار كما قاله ابن الرفعة».

قال الرملى فى حاشيته على الأسنى السابق: «ومعلوم أنه لابد من سبق رؤية مع الجهل بالزرع أو يراها مزروعة ولم يمنع الزرع الرؤية ويظن حصاد مافيها ويتبين بقاؤه».

وفى شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦: «ويثبت للمشترى الخيار فورا لتأخر انتفاعه» قال القليوبى: «فيتضرر بذلك فلو أمكن تفريغها فى زمن لايقابل بأجرة.قال الرملى: كيوم أو بعضه فلاخيار».

وفى شرح المحلى السابق: «والخيار يثبت للمشتري إن جهل الزرع بأن سبقت رؤيته للأرض قبل البيع وحدث الزرع بينهما».

قال القليوبى: «أو رآها من خلال الزرع وظنه للمالك فبان لغيره» ثم قال «فان كان المشترى عالما بالزرع فلا خيار له».

وفى التحفة وحواشيها: «وثبوت الخيار للمشترى ان جهل الزرع لتأخر انتفاعه . فان علم المشتري ولم يظهر مايقتضى تأخر الحصاد عن وقته المعتاد على بحث ابن الرفعة لم يخير كما لو جهله وتركه مالكه له أي ترك مالك الزرع هذا الزرع للمشترى. أو قال البائع: افرغها منه فى زمن لا أجرة عليه غالبا كيوم أو بعضه اذا لاضرر فيهما». (=)

بخلافه ثبت له الخيار كمن اشترى معيبا يظنه صحيحا. ولأنه يفوت عليه منفعة الأرض مدة.

(=) قال الشرواني: الظاهر سواء كان الزرع للمالك أو لغيره فلا خيار مع علم المشترى. ويوجه بأنه اشتراها مسلوبة المنفعة، ولو قيل بأن له الخيار إذا بان الزرع لغير المالك لم يكن بعيدا لاختلاف الأغراض باختلاف الأشخاص والأحوال «ويثبت الخيار ان علم المشترى مع ظهور مايقتضى تأخر الحصاد عن وقته المعتاد. ولاخيار للمشترى إن تركه مالكه له كما تقدم». قال الشرواني: «ولو لم يكن لفائدته وقع، وعظم ضرره لطول مدة تفريغه أو كثرة أجرته فينبغى عدم سقوط الخيار بتركه» التحفة وحواشيها، جـ٤، ص ٤٤٢، ٤٤٣.
وفى شرح جلال المحلى وحواشيه، جـ٢، ص ٢٢٦. «وللمشترى الخيار إن جهله فان تركه البائع أي ترك البذر والزرع له سقط خياره وعليه القبول -بمعنى سقوط خياره لأن تركه إعراض لاتمليك إلا ان وقع بصيغة تمليك وأمكن، وإذا عاد فيه عاد الخيار. ولو قال بائع الأرض آخذه وأفرغ الأرض سقط خيار المشتري أيضا إن أمكن ذلك فى زمن يسير».
وانظر تحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٤٤٢ وما بعدها.
وفى الأسنى، جـ٢، ص ٩٧، ٩٨: «يثبت الخيار للمشتري إن جهل البذر إلا ان تركه له البائع أو قال: أنا أفرغ الأرض وقصر زمن التفريغ بحيث لايقابل بأجرة فلا خيار له لانتفاء الضرر فى الأول وتداركه حالا فى الثانية كما لو اشتري دارا ورأى في سقفها خللا يسيرا يمكن تداركه فى الحال أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع: أنا أصلح السقف، وأنقيها أي البالوعة فلا خيار للمشتري ويلزمه القبول فى مسألة الترك ولانظر للمنة، ويفارق مالو قال الغرماء: لاتفسخ ونقدمك بالثمن بأن المنة ثم من أجنبى عن العقد فلا تحتمل، وبأنه ربما يظهر غريم آخر فيزاحم البائع فيما أخذه فيتضرر بخلاف ماهنا».
وفى الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٦: «إذا ظن مشترى الأرض دخول ماليس له من زرع كأن جهل وجوده ثبت له الخيار».
قال العنقرى: «وهل يحتاج أن يحلف أنه لايعلم أنه له؟ الظاهر أنه يحلف والقول قوله بيمينه».
وفى الانصاف، جـ٥، ص ٥٩: «لو اشترى أرضا فيها زرع للبائع وظن دخوله فى البيع أو ادعى الجهل به ومثله يجهله فله الفسخ». وفى ص ٥٥: «ولو كان فى الأرض زرع للبائع وطالت مدة قطعه وقيده جماعة بفوق ثلاثة أيام منهم صاحب الرعايةالكبرى -فهو عيب. فلو تركه لمشتريها ولاضرر فلا خيار للمشتري، وفى الترغيب وغيره: لو قال: تركته لك ففى كونه تمليكا وجهان».
فى كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٨: «وان ظن مشتري الأرض دخول زرع البائع فى البيع وادعى الجهل به ومثله يجهله فله الفسخ لأنه يفوت عليه منفعة الأرض عاما، وان اختار الامساك فلا أرش له» وفى موضوع آخر: «فان لم يعلم المشتري بدر الزرع ونحوه(=)

فان فسخ رجع بالثمن، وان اختار الامساك فلا أرش له أي ان اختار امضاء البيع مضى مجانا ولا أرش لهذا العيب، وللبائع ترك الزرع أو البذر فى الأرض إلى وقت الحصاد.

وهل يحتاج أن يحلف المشترى أنه لايعلم؟ الظاهر كما قال العنقري أنه يحلف فالقول قوله بيمينه. أي أنه إذا اختلفا فى ذلك فالقول قول المشتري بيمينه إذا كان مثله يجهل ذلك كالعامي، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله. فالعالم بذلك لاخيار له لتقصيره لكن ابن الرفعة قال: إن ظهر أمر يقتضى تأخير الحصاد عن وقته المعتاد فله الخيار.

وفى التحفة وحواشيها: ان الخيار يثبت للشمتري على الفور بشروط.

١- أن يجهل الزرع الذي لايدخل فى البيع لحدوثه بعد رؤيته.

(=) كالشتل فله فسخ البيع وامضاؤه مجانا لأن فيه تفويتا لمنفعة الأرض عليه مدة، فان ترك البائع الزرع أو البذر أو الشتل للمشتري فلا خيار له لأنه زاده خيرا فلزمه قبوله لأن فيه تصحيحا للعقد، وكذلك إن قال البائع: أنا أحوله وأمكن تحويله فى زمن يسير لايضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري لأنه ازال العيب بالنقل على وجه لايضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري لأنه أزال العيب بالنقل على وجه لايضر بمنافع الأرض. وإن قال: أنا أقطعها الآن لم يسقط خيار المشتري لأنه لاتأثير له لأنه قد فات المشتري زرع ذلك العام».

وفى المغنى، جـ٤، ص ٢١٤ ، ٢١٥: «فان لم يعلم المشتري أن البذر له فله فسخ البيع وامضاؤه لأنه يفوت عليه منفعة الأرض مدة. فان تركه البائع للمشتري أو قال: أنا أحوله وأمكن ذلك فى زمن يسير لايضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيرا بالترك فلزم قبوله لأن فيه تصحيح العقد. وهذا مذهب الشافعي. وكذلك ان اشترى أرضا فيها زرع للبائع والمشترى جاهل يظن أن الزرع له فله الخيار كما لو جهل وجوده لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضا عن الأرض بما فيها فان بان بخلافه ثبت له الخيار كمن اشتري معيبا يظنه صحيحا. فان اختلفا فى ذلك فالقول قول المشتري إذا كان مثله يجهل ذلك كالعامي وان كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله»، وانظر الشرح الكبير، جـ٤، ص ٢٠٤ ، ٢٠٥.

٢- أن يظن المشـتـري أن الزرع ملكه لقرينة قـوية فبـان خلافـه. وبه يندفع مايقال:

كيف يصح بحث الأذرعى وأقروه أن رؤيتها مع عدم ستره لها كافية مع أن الفرض أنه جهله فكيف تتصور الرؤية مع الجهل؟.

قال فى التحفة: ثم رأيت بعضهم صور الجهل أيضا بأن يظن حال البيع أنه حصده ثم تبين بقاؤه. قال العبادى: أي لنحو إخبار كاذب بذلك.

وحـاصل هذا التـصـور فى نظر الشـروانى هو: أن المراد بالجـهل هنا مايشمل جهل الصفقة.

متى يسقط خيار المشتري؟

يسقط خيار المشترى ان ترك البائع البذر، والزرع له، كما يسقط بقول بائع الأرض أنا أفـرغ الأرض وأمكن ذلك فى زمن يسـيـر ذهب البـعض إلى تحديده باليـوم أو بعضـه، وبعضـهم حدده بثلاثة أيام فـأقل، والبعض قيـده بقصر زمن التفريغ بحيث لايقابل بأجرة.

وانما يسقط الخيار حينئذ لأن البائع زاد المشتري خيرا فى حالة الترك فلزمه قبوله لأن فيـه تصحيحا للعقد. أما فى حالة القطع أو القلع والتحويل فقد أزال العيب بالنقل على وجه لايضر بمنافع الأرض. فهو كمن اشترى دارا ثم رأى فى سقـفـهـا خللا يسـيـرا يمكن تداركـه فى الحـال، أو كـانت منسـدة البالوعة فقال البائع: أنا أصلح السقف وأنقى البالوعة فلا خيـار للمشتري. ويلزم المشـتـرى القـبـول فى مـسـألةالتـرك ولانظر للمنة، ويفـارق مـالو قـال الغـرمـاء: لاتفسخ ونقدمك بالثمن بأن المنة ثم من أجنبي عن العـقـد فـلا تحتمل، وبأنه ربما يظهر غريم آخر فيزاحم البائع فيـما أخذه فيتضرر بخلاف ماهنا.

وفى حالة القطع أو القلع يشترط لسقوط الخيار أن لايضر بمنفعة الأرض وأيضا كما يقول الشرواني: وينبغى أن محل سقوط خيار المشترى بترك الزرع له مالم يتضرر المشترى بالزرع بأن كان يفوت عليه منفعة الأرض المرادة من الاستئجار له بأن كان مراده زرع شئ فيها لايتأتى زرعه حالا مع وجود الزرع الذي بها.

وأيضا قال الشرواني: لو لم يكن لفائدة الترك وقع وعظم ضرر الزرع لطول مدة تفريغ المشتري له أو كثرت أجرة التفريغ فينبغي عدم سقوط الخيار.

وفى حالة الترك هل يكون هذا الترك تمليكا أم لايكون كذلك؟ وجهان عند الحنابلة والشافعية أصحهما أنه اعراض لترك الخصومة، ولايكون تمليكا إلا ان وقع بصيغة تمليك(١).

يقول الرملي: «المشتري له الخيار مطلقا تضرر أم لا، إذا كان جاهلا فيزول ضرره بالخيار إلا ان تركه البائع له، وهو اعراض لترك الخصومة على الأصح»(٢).

ويقول الشرواني: «واذا تركه مالكه لايملكه المشتري إلا بالتمليك»(٣).

---

(١) انظر النصوص بالهوامش السابقة، وتحفة المحتاج وحواشيها، جـ٤، ص ٣٤٢ ، ٣٤٣.
(٢) الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٧.
(٣) الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٤٣.

المبحث الرابع

هل مايدخل تبعا فى البيع له حصة من الثمن[1]؟

قال فى الدر: «وفى النهر كل مادخل تبعا لايقابله شئ من الثمن لكونه كالوصف»[2].

فهذا النص يفيد أن مايدخل تبعا فى البيع لايقابله شئ من الثمن. وعلة ذلك أن مايدخل تبعا كالوصف، والثمن بمقابلة الأصل لاالوصف. والأوصاف كما قال ابن عابدين: «مايدخل فى البيع بلا ذكر كبناء أو شجر فى أرض وأطراف فى حيوان، وجودة فى الكيلى والوزنى»[3].

«قال فى النهر: ولذا قال فى القنية: اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شئ من الثمن وإن استحق أخذ الدار بالحصة، ومنهم من سوى بينهما»[4].

وفى الكافى: «رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان فان هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن لأن النخل كالوصف والثمن بمقابلة الأصل لاالوصف فلذا لايسقط شئ من الثمن. أ. هـ. وقيده فى البحر بما إذا لم يفصل ثمن كل فلو فصل سقط قسط النخل بهلاكها كما فى تلخيص الجامع»[5].

(١) تعرض الحصكفى فى كتابه الدر المختار من الحنفية لهذه المسألة فى بابي (مايدخل فى البيع تبعا ومالايدخل) و (باب الاستحقاق) وحققها ابن عابدين فى حاشيته على الدر السابق.

(٢) الدر المختار، جـ٤، ص ٣٧.

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر السابق، ص ٢١١ باب الاستحقاق.

(٤) حاشية ابن عابدين السابق، ص ٣٨ باب مايدخل تبعا ومالايدخل.

(٥) حاشية ابن عابدين السابق.

أقول: فهذا النص من الكافى يفيد ماتقدم من أن مايدخل تبعا لاحصة له من الثمن للعلة المذكورة اذ فى مسألتنا الأرض أصل، والنخل تبع فهو وصف، وعليه فان هلاكه قبل القبض بآفة سماوية يعطى للمشترى الحق فى الخيار بين أمرين إما أن يترك وإما أن يأخذ الأرض بكل الثمن أي بالألف ولايسقط شئ منه.

لكن فى البحر قيد العمل بما تقدم عن الكافى بما إذا لم يفصل ثمن كل من الأرض والنخل، أما ان فصل ثمن كل سقط -فى المثال المتقدم- قسط النخل بهلاكها كما فى تلخيص الجامع.

وفى الدر: «وكل شئ يدخل فى البيع تبعا لاحصة له من الثمن ولكن يخير المشترى. قنية». ذكر ذلك الحصكفى فى باب الاستحقاق(١)، وهذا النص لايجعل لما دخل تبعا فى البيع حصة من الثمن دون تفصيل، ويثبت الخيار للمشترى.

وعلق ابن عابدين على نص الدر بقوله: «فى جامع الفصولين: شرى أرضها فيها أشجار حتى دخلت بلاذكر(٢)، فاستحقت الأشجار. قيل: لاحصة لها من الثمن كثوب قن وبردعة حمار فان مايدخل تبعا لاحصة له من الثمن. وقيل: الرواية أنه يرجع بحصة الأشجار. والفرق أنها مركبة فى الأرض فكأنه استحق بعض الأرض بخلاف الثياب فالتبعية هنا أقل، ولذا كان للبائع أن يعطى غيرها لو كانت ثياب مثله، ثم قال: أقول فى الشجر وكل مايدخل تبعا إذا استحق بعد القبض ينبغى أن يكون له حصة من الثمن. أ. هـ».

قال ابن عابدين: «قلت: ويدل له مانقل عن شرح الاسبيجانى الأوصاف

(١) الدر المختار، جـ٤، ص ٢١١ ، باب الاستحقاق.
(٢) أي بلا شرط أو تسمية.

لاقسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض. والأوصاف مايدخل فى البيع بلا ذكر كبناء وشجر فى أرض، وأطراف فى حيوان، وجودة فى الكيلى والوزني. وعن فتاوى رشيد الدين: البناء إن كان تبعا إذا لم يذكر فى الشراء لكن اذا قبض يصير مقصودا ويصير له حصة من الثمن. أ. هـ»[1].

أقول: من النص السابق فى الاستحقاق نرى أن صاحب جامع الفصولين ذكر قولين فى المسألة. أحدهما: لاحصة من الثمن للاشجار التى دخلت تبعا فى بيع الأرض قياسا على ثوب القن المباع، وبردعة الحمار المبيع.

الثانى: للاشجار حصة من الثمن، فللمشترى الرجوع بها إذا استحقت الأشجار وهذا القول فرق بين الأشجار وبين ثوب القن وبردعة الحمار. ذلك ان الأشجار مركبة فى الأرض فكأنه استحق بعض الأرض بخلافهما، فالتبعية فى الأشجار للأرض أقل منها فيهما بدليل أن للبائع أن يعطى غيرها لو كانت ثياب مثله.

وبعد أن ذكر صاحب جامع الفصولين هذا إختار أن الشجر وكل مايدخل تبعاإذا استحق بعد القبض ينبغى أن يكون له حصة من الثمن.

واستدل له ابن عابدين بما نقل عن شرح الاسبيجانى: «الأوصاف لاقسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض. وعن فتاوى ابن رشيد الدين: أن مادخل تبعا إذا قبض يصير مقصودا ويصير له حصة من الثمن.

وقد وضع محمد رحمه الله تعالى أصلا لهذا فقال: «كل شئ إذا بعته وحده لايجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره جاز. فاذا استحق ذلك الشئ قبل القبض كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بجميع الثمن وإن شاء ترك،

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٢١١ ، باب الاستحقاق.

وكل شئ إذا بعته وحده يجوز بيعه فاذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصته من الثمن. أ. هـ.»[١].

الحاصل فى المسألة:

ذكر ابن عابدين بعد ماتقدم ذكره الحاصل فى المسألة فقال: فصار الحاصل أن مايدخل فى البيع تبعا إن استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع على البائع بحصته، أما إن استحق قبل القبض فان كان لايجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا يرجع بشئ بل يخير بين الأخذ بكل الثمن والترك.

وإن جاز بيعه وحده كالشجر وثوب القن كان له حصته من الثمن فيرجع بها على البائع وهذا إذا لم يذكر فى البيع لما فى جامع الفصولين: اذا ذكر البناء والشجر كانا مبيعين قصدا لاتبعا حتى لو فاتا قبل القبض يأخذ الأرض بحصتها ولاخيار له، ولو احترقا أو قلعهما ظالم قبل القبض يأخذها بجميع الثمن أو ترك ولايأخذ بالحصة بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض وهو على المشترى[٢].

(١) المصدر السابق.

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار، جـ٤، ص ٢١١ باب الاستحقاق.
ولاحظ الأم للامام الشافعى، جـ٣، ص ٤٣ ، ٤٤ مجلد/ ٢ ، اسنى المطالب، جـ٢، ص١٠٨، ١٠٩ ، الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٠٤ . تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٧.
حيث تكلم الشافعية عن ذلك فى بيع الشجرة مثمرة وحدها، أو دخلت تبعا لارضها المبيعة. وقالوا: ما أبر من الثمر للبائع ومالم يؤبر للمشترى، وقالوا ان ثمرة البائع مبقاة على الشجرة إلى وقت الجذاذ، فان أصابها الهلاك فهى من مصيبة البائع: قال فى الأم: «فان انقطع الماء فلا شئ على المشترى فيما أصيب به البائع فى ثمره، وكذلك إن أصابته جائحة، وذلك أنه لم يبعه شيئا فسأله تسليم ماباعه»
وفى الحاوى: «فمصيبة ثمرة البائع عليه هو وحده لأن هذه الثمرة الحاصلة لبائع النخل ليست مضمونة على صاحب النخل بالتسليم».
أما بالنسبة لثمرة المشترى أعنى مشترى الشجرة مثمرة -وهى التى لم تؤبر-، فاما أن تكون الجائحة بعد القبض أو قبله. فان كانت بعد القبض فهى من مصيبة المشتري ولاخيار له،أما إذا كانت قبل القبض ففى الأم قولان فى خيار المشترى. (=)

المبحث الخامس

متفرقـــــــات

في هذا المبحث نذكر مسألتين رأيناهما من تتمة البحث.

المسألة الأولى

حكـم بيـــع الأرض
وفيهـــا شـــجر أو زرع أو بـــذر

أقول: من الدراسة المتقدمة اتضح لنا أنه لاخلاف بين الفقهاء في صحة بيع الأرض وفيها شجر. أما إذا كان بها بذر أو زرع فهم كذلك إلا في قول مخرج عند الشافعية، ووافقهم ابن حزم الظاهري في البذر لأنه مغيب في الأرض إلا إذا استثنى من البيع فانه يصح ومثله الزرع المغيب في الأرض كالبصل، والكرات، والثوم والفجل[1]. وتحرير مذهب الشافعية كالآتي:

(=) القول الأول: أنه بالخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له كما اشترى، أو أخذه بحصته من الثمن بحسب ثمن الحائط أو الثمرة فينظر كم حصة المصاب منها؟
فيطرح عن المشترى من أصل الثمن بقدره، فإن كان الثمن مائة دينار، والمصاب عشر العشر مما اشترى طرح عنه دينار من أصل الثمن لامن قيمة المصاب، لأنه شئ خرج من عقدة البيع بالمصيبة. وهكذا كل ماوقعت عليه صفقة البيع بعينه من نبات أو نخل أو غيره، فما أصيب منه شئ بعد الصفقة وقبل قبض المشترى. فالمشترى بالخيار في رد البيع لأنه لم يسلم إليه كما اشترى بكماله، أو أخذ مابقى بحصته من الثمن لأنه قد ملكه ملكا صحيا.
القول الثاني: أنه لاخيار له. انظر الأم السابق وماذكر معه من مراجع.

(١) انظر للحنفية، الهداية وشروحها، جـ٥، ص ٤٨٥ ، الاختيار، جـ٢، ص ٥ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي، جـ٤، ص ٩ ، بدائع الصنائع، جـ٥، ص ١٦٤ .
وللمالكية: شرح الخرشي وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨٠ ، ١٨١. حاشية الدسوقي والشرح الكبير، جـ٣، ص ١٧٠ ، ١٧١ ، جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩. القوانين الفقهية، ص٢٢٥.
وللشافعية: شرح المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٤ وما بعدها ، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٤ ، ١٩٥ . تحفة المحتاج والشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٣٨ وما بعدها. اسنى المطالب وحاشية الرملي، جـ٢، ص ٩٦ ، ٩٧. (=)

جاء فى البيان: «قال أبو إسحاق المروزى: اذا باع أرضا فيها زرع للبائع فهل يصح البيع فى الأرض؟ على قولين كبيع الأرض المؤاجرة من غير المستأجر لأن الأرض فى يد البائع إلى أن يحصد زرعه كما أن الأرض فى يد المستأجر إلى أن يستوفى منفعته. وقال أكثر أصحابنا: يصح البيع قولا واحدا»(١).

ويقول الشاشى: «اذا باع أرضا وفيها كرسف -قطن- يزرع فى كل سنة لم يتشقق جوزه فالبيع فى القطن باطل، وفى الأرض على القولين فى تفريق الصفقة»(٢).

وفى موضع آخر قال: «وفى صحة البيع فى الأرض طريقان. أصحهما أنه يصح قولا واحدا. والثانى: أنه على قولين كبيع العين المستأجرة»(٣).

أقول: مماسبق ومن غيره مما هو مذكور فى كتبهم يتضح الآتى:

أولا: أن محل الخلاف عندهم إنما هو فى زرع يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير وبعبارة أخرى فى زرع لايدخل فى بيع الأرض. أما المزروعة بما يدخل فى بيعها فيصح البيع جزما لأنه كله للمشتري(٤).

قال عميرة: «ثم محل الخلاف فى الزرع الذى يؤخذ دفعة وإلا فيصح

(=) وانظر للحنابلة: المغنى، جـ٤، ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، والشرح، جـ٤، ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، الانصاف، جـ٥، ص ٥٦ ، وما بعدها. كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٥ وما بعدها ، الروض المربع وحاشية العنقرى، جـ٢، ص ١٢٥ وما بعدها، القواعد لابن رجب، ص ٤٢ القاعدة/٣٣، المحلى لابن حزم، جـ٧، ص ٥٩٨ مسألة ١٥٩٣ ، وانظر المحلى السابق فى المغيبات فى الأرض، ص ٢٩٩ مسألة ١٤٢٨.

(١) البيان للعمرانى، جـ٣، ورقة ٧٣.

(٢) حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٨.

(٣) المصدر السابق، ص ٥٤٩ ، واظر الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢١ ، تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠ ، ١٦١.

(٤) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٢ ، ٤٤٣.

بلا خلاف لأنه ينتقل للمشترى كما أشار إليه الشارح قبيل هذا بقوله: هذا الزرع الذى لايدخل»[١].

وقال القليوبى معلقا على قول المحلى: «هذا الزرع ...» «قيد لمحل الخلاف ولثبوت الخيار فما يدخل يصح معه البيع قطعا ولاخيار وإن لم يكن معلوما ولا مرئيا كالحمل»[٢].

ثانيا: وأما الخلاف. فالمذهب والصحيح صحة بيع الأرض المزروعة أو المبذورة.

بل إن أكثر الأصحاب قالوا بصحة البيع قولا واحدا.

وهو ماجرى عليه بحثنا بالنسبة لمذهب الشافعية.

الأدلـــــــة:

استدل من قال بصحة البيع بالقياس على بيع الدار مشحونة بأمتعة البائع. ومن قال بالقولين خرّج قوله هذا على القولين فى بيع المستأجر[٣]، أي فى بيع العين المستأجرة لغير المكتري، أحدهما البطلان[٤]، ووجه التخريج أن الأرض فى يد البائع إلى أن يحصد زرعه كما أن الأرض فى يد المستأجر إلى أن يستوفى منفعته[٥].

ويذكر الشيرازي الخلاف ودليل كل فيقول: «وفى بيع الأرض طريقان.

(١) حاشية عميرة، جـ٢، ص ٢٢٦.
(٢) حاشية قليوبى، جـ٢، ص ٢٢٦ . وانظر تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦١.
جا، فيها: «ومن أصحابنا من قال يصح العقد لأن الشافعى رحمه الله قال فى كتاب التفليس: ولو باع أرضا مع زرع خرج أو لم يخرج، فالزرع الذي لم يخرج هو البذر. ووجهه أنه تابع والجهل به لايفسد العقد كالحمل فى البطن».
(٣) روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٥ . أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.
(٤) شرح المحلى وقليوبى وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٦.
(٥) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣ ، الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢٢١.

من أصحابنا من قال فيه قولان لأنها فى يد البائع إلى أن يحصد الزرع فكان فى بيعها قولان كالأرض المستأجرة. ومنهم من قال: يصح بيع الأرض قولا واحدا لأن المبيع فى يد المشتري وانما يدخل البائع للسقى أو الحصاد فجاز بيعه قولا واحدا كالآمة المزوجة»[1].

الراجـــح:

والراجح فى نظرنا هو ماعليه المذهب من صحة البيع للفرق بين يد المستأجر فى المخرج عليه، ويد المشترى فى المخرَّج وهي مسألتنا. فيد المستأجر يد حائلة بخلاف ماهنا[2]، ولأنه لو كان فى معنى ذلك لوجب القطع بالفساد لجهالة المدة كدار المعتدة بالأقراء أو الحمل[3].

يقول العمرانى فى هذا: «لأن يد المستأجر تحول بين المشترى وبين ماشترى ويد البائع لاتحول بينه وبين الأرض لأن للمشترى أن يدخل إلى الأرض ويتصرف بما ليس بمزروع منها بما شاء من وجوه التصرفات التى لاتضر بالزرع، ولأن هذا لو أشبه الأرض المستأجرة لوجب أن يبطل البيع قولا واحدا لأن هذه الاجارة معلومة، ومدة بقاء الزرع مجهولة، وهذا لم يقله أحد»[4].

ويقول الماوردى: «فان قيل: فهلا كان بيع الأرض المبذورة أو المزروعة باطلا فى أحد القولين كالأرض المستأجرة، لأن منفعة المبيع فى الحالين مستحقة. قيل: الفرق بيهما: أن الأرض المشغولة بزرع البائع مقدور علي تسليمها، لأنه ليس عليها لغيره يد مانعة، فصح بيعها قولا واحدا.

(١) المهذب، جـ١، ص ٢٨٠.
(٢) لاحظ شرح المحلى، جـ٢، ص ٢٢٦.
(٣) عميرة على الشرح السابق.
(٤) البيان، جـ٣، ورقة ٧٣.

والأرض المستأجرة غير مقدور على تسليمها لأن عليها للمستأجر يداً مانعة فبطل بيعها على أحد القولين»[١].

وصحة البيع علي المذهب مشروطة بأن لايستر الزرع الأرض بأن رآها المشتري من خلاله، أو يكون قد رآها قبل الزرع ولم تمض مدة يغلب تغيرها فيها[٢]. ويثبت الخيار للمشترى على الفور اذا اشترى أرضا مزروعة بهذا الزرع[٣].

ثالثا: هل يمنع الزرع المذكور دخول الأرض فى يد المشترى؟ وبمعنى اخر هل يمنع القبض؟ وجهان.

الأصح أنه لايمنع[٤]، ومقابل الأصح يمنع كما تمنع الأمتعة المشحون بها الدار من قبضها.

والراجح أنه لايمنع للفرق بين المقيس والمقيس عليه حيث أن تفريغ الدار متأت فى الحال أي شأنه ذلك بخلاف تفريغ الأرض فانه متعذر. ومن ثم فلا يرد عليه مالو كان الزرع قليلا والأمتعة كثيرة[٥].

قال فى الأسنى: «ويصح قبض الأرض مزروعة فتدخل فى ضمان المشتري بخلاف قبض الدار المذكورة لتعذر التفريغ فى الأرض بخلافه فى الدار»[٦].

---

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ث ٢٢١ ، ولاحظ تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٦٠ ، ١٦١.

(٢) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، هامش الروضة، جـ٣، ص ١٩٥.

(٣) راجع المصادر السابقة.

(٤) أي لايمنع دخول الأرض فى يد المشترى وضمانه إذا حصلت التخلية. أما مافيها من الزرع فلا يدخل تحت يده ولايضمنه وإن تلف بتقصيره لأنه لم يمنع يده عليه. شرح المحلى وقليوبى، جـ٢، ص ٢٢٦.

(٥) قليوبى علي الشرح السابق.

(٦) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.

ويقول الهيتمي: «ولايمنع الزرع المذكور دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التخلية فى الأصح لوجود تسليم عين المبيع مع عدم تأتى تفريغه حالا. وبه فارقت الدار المشحونة بالأمتعة»[١].

المسألة الثانية

مايجرى مجرى البيع فى احكام بيع الارض وفيها شجراو زرع

إن من محل هذا البحث الذي بين أيدينا كما هو واضح من عنوانه: أحكام بيع الأرض وفيها شجرأو زرع أو بذر. وإتماما للفائدة رأيت أن أذكر -على سبيل الاجمال- اتجاهات الفقهاء، فى غير البيع من العقود والتصرفات التى قد ترد على الأرض وبها ماذكر.

ونبادر إلى القول بأن القاعدة العامة فى ذلك لدى كل مذهب هو جريان أحكام البيع على غيره من العقود والتصرفات المشابهة خلافا وتفصيلا إلا فى بعض المذاهب كالحنفية فى الرهن والاقرار، والوقف إذا كان بالأرض زرع. والشافعية على المذهب فيما لاينقل الملك كالرهن والعارية والاجارة والاقرار. إذا اتضح هذا فانى سأقوم بعرض المسألة على الوجه التالي:

مذهب الحنفية:

جاء فى كتاب الهبة من القنية أن الزرع يدخل فى الرهن، والاقرار، بغير ذكر أي بدون تسمية فى العقد، لكنه لايدخل فى البيع والقسمة والوصية والاجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفى القضاء بالملك المطلق. نقل ذلك عن ركن الدين الصباغى[١].

وفى مجمع الأنهر: «ولايدخل الزرع فى بيع الأرض بلا ذكر

(١) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٤٣.

(١) حاشية الشلبي، جـ٤، ص ١١.

بالاجماع»[١].

قال صاحب الدر: «قلت: قيد بالبيع لأن فى الرهن والاقرار يدخل ... وفى الوقف لايدخل الزرع إلا إذا زاد بجميع مافيها أو منها، والوصية كالبيع كما فى السراج ... وجعل فى المحيط الصدقة كالوقف»[٢].

ويقو ابن عابدين: «تنبيه: قيد بالبيع لأن فى رهن الأرض يدخل الشجر والثمر والزرع، وفى وقفها يدخل البناء والشجر لاالزرع. وكذا لو أقر بأرض عليها زرع أو شجر دخل. ولايدخل الزرع فى اقالة الأرض، وتمامه فى البحر»[٣].

أقول: أعطى الحنفية حكم البيع للقسمة والوصية والاجارة والنكاح والهبة وفى القضاء بالملك المطلق. أما الوقف فلا يأخذ حكم البيع إلا اذا زاد واقف الأرض فى صيغة الوقف «بجميع مافيها أو منها» فحينئذ يدخل الزرع فى الوقف والصدقة كالوقف: ولايدخل الزرع فى إقالة الأرض فهى كالبيع.

أما الاقرار فانه لايأخذ حكم البيع إذا كان بالأرض زرع. ومثله الرهن يقول الكاسانى مظهرا الفرق بين البيع والرهن: فرق بين البيع والرهن فان من رهن عند رجل أرضا فيها زرع وأشجار عليها ثمار وسلمها إليه أنه يدخل فى الرهن كل ماكان متصلا بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير.

ووجه الفرق: أن تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن، فمتى أقدما على عقد الرهن فقد قصدا صحته ولاصحة له إلا بدخول ماكان متصلا بالمرهون فيدخل فيه تصحيحا للتصرف إذ لاصحةله بدونه بخلاف البيع فان

---

(١) مجمع الأنهر، جـ٢، ص ١٦.
(٢) الدر المنتقى، جـ٢، ص ١٦.
(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٣٨.

تميز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة في الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها[١].

مذهب المالكية: أعطى المالكية غير البيع، من العقود والتصرفات الشبيهة به حكم البيع. فالعقد عندهم هنا أعم من البيع فيشمل الوصية والرهن والوقف والهبة والصدقة ونحو ذلك.

قالوا فيمن باع أرضا وفيها شجر: «من عقد على بناء أو على شجر ... أو عقد على الأرض ... والعقد أعم من أن يكون بيعا أو وصية أو رهنا أو وقفا أو هبة أو غير ذلك»[٢].

وفي الشرح: «(تناول البناء والشجر) أي العقد عليهما من بيع أو رهن أووصية، وينبغي أن الهبة والصدقة والحبس كذلك (الأرض) التى هي بها (وتناولتهما) ...»[٣].

قال الدسوقي: «أي تناول العقد على الأرض مافيها من بناء وشجر ... أي سواء كان العقد بيعا أو رهنا أو وصية أو هبة أو صدقة أو حبسا»[٤]. وقال: «ومحل تناول العقد على الأرض مافيها من بناء وشجر كان ذلك العقد بيعا أو غيره إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه والاعمل بذلك الشرط أو العرف. فاذا اشترط البائع أو الراهن أو نحوهما افراد الأرض عن البناء والشجر أو جرى العرف بذلك فانهما لايدخلان في ا لعقد على الأرض»[٥].

---

(١) بدائع الصنائع. جـ٥، ص ١٦٥.
(٢) شرح الخرشي. جـ٥، ص ١٨٠.
(٣) الشرح الكبير. جـ٣، ص ١٧٠.
(٤) الدسوقي على الشرح السابق . وانظر جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩.
(٥) حاشية الدسوقي السابق . وانظر الشرح الصغير على أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١.

وفى الزرع والبذر جاء: «وتناول العقد على الأرض مافيها من بذر لا الزرع البارز على وجهها. هذا هو المشهور، وخلاف المشهور عدم تناول الأرض للبذر»[١].

وفى الشرح: «وتناولت الأرض إذا بيعت أو رهنت البذر الذي لم ينبت فيدخل فى بيعها»[٢].

فالمالكية فى غير البيع من العقود والتصرفات الحكم عندهم فيها حكم البيع اتفاقا وخلافا وتفصيلا.

مذهب الشافعية :

ألحق الشافعية كل ماهو ناقل للملك بالبيع كالوقف والهبة والصدقة والهدية والوصية وعوض الخلع والصداق وصلح الدم والجعالة، والقرض إن جوزنا قرض العقار، وذلك بخلاف ما لاينقل ملك الأرض كالرهن والعارية والاجارة والاقرار لأن الاقرار اخبار بملك سابق. هذا هو المذهب، ومقابله طريقان كل واحد منهما يسوي فى الحكم بين البيع والرهن وما يلحق بهما. ولبعض الأصحاب تعليقات نذكرها.

أما الجعالة فقد ذكر الرملى فى حاشيته أنها كالبيع[٣]، وقال الشرواني: أنظر جعل الجعالة ولايبعد أنه كالبيع لأن فيه نقلا وإن لم يكن فى الحال وقد يؤيد دخول الوصية مع أنها لانقل فيها للحال[٤].

وأما الوقف والهبة فهما كالبيع كما اقتضاه كلام الرافعي وصرح به

---

(١) الدسوقى السابق، وانظر. شرح الخرشى وحاشية العدوى، جـ٥، ص ١٨١ ، جواهر الاكليل، جـ٢، ص ٥٩ ، القوانين الفقهية، ص ٢٢٥.

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك، جـ٤، ص ٣٠١.

(٣) الرملى على الأسنى، جـ٢، ص ٩٦.

(٤) الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٣٩.

فى الهبة الدارمي والجرجاني وغيرهما[١]، وصرح به فى الوقف ابن رضوان فى شرح التنبيه فقال: إذا وقف الأرض دخل كل ماهو متصل بهاإلا الثمرة فانه لايصح وقفها[٢].

ولو وكله فى هبة الأرض بما فيها فوهب الأرض فقط أو عكسه فهل يصح أم لا؟

قال الشرواني: فيه نظر، والأقرب الصحة لأنه أذن له فى شيئين أتى بأحدهما دون الآخر وهو لايضر[٣].

وفى الوصية أنه لو أوصى له بأرض وفيها بناء وشجر حال الوصية دخلا فى الأرض بخلاف مالو حدثا أو أحدهما بغير فعل من المالك كما لو ألقى السيل بذرا فى الأرض فنبت فمات الموصى وهو موجود فى الأرض فلا يدخلان لأنهما حادثان بعد الوصية فلم تشملهما فيختص بها الوارث.

وأما الأجرة فانه إن جعل الأرض التى بها شجر أجرة دخل فيها بخلاف مالو أجرها فلا يدخل فيها[٤].

وأما الاقرار فهو كالرهن كما اقتضاه الرافعي فى بابه[٥]، قال الرملي: وهو الأقرب لبنائه على اليقين وإن أفتى القفال بأن الاقرار كالبيع[٦]. وما اقتضاه كلام الرافعى أصح لأن الاقرار إخبار بملك سابق وعدم دخول غير الأرض فيه لاحتمال حدوثه[٧].

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.
(٢) الرملى على الأسنى السابق.
(٣) الشروانى على التحفة، جـ٤، ص ٤٣٩.
(٤) المصدر السابق.
(٥) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.
(٦) الرملى على الأسنى السابق.
(٧) حاشية القليوبى، جـ٢، ص ٢٢٥ ، الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٣٩.

وأما الرهن فانه عند الاطلاق لايكون كالبيع: «فان باعها أورهنها وفيها شجر ... فان أطلق كبعتك أو رهنتك الأرض دخلت في البيع لا في الرهن»[١]. فالخلاف عند الاطلاق في البيع والرهن[٢]، فعند الاطلاق يدخل مافي الأرض في البيع دون الرهن لأن البيع قوي ينقل الملك فيستتبع بخلاف الرهن لضعفه[٣].

وقد ألحق البعض بكل ما ذكر من العقود والتصرفات التوكيل فيه، لكن نازع ابن حجر في هذا الالحاق قائلا: وفيه نظر فالذي يتجه أنه لاستتباع فيه[٤]، أي في التوكيل، فالتوكيل ببيع الأرض مثلا لايدخل فيه مافيها من نحو بناء وشجر[٥].

وخلاصة مذهب الشافعية أن غير البيع من العقود والتصرفات الناقلة للملك تأخذ حكم البيع خلافا ومذهبا وتفصيلا. وأن غير الناقلة تأخذ حكم الرهن خلافا وتفصيلا.

وإليك بعض النصوص الدالة على ماذكرنا:

يقول الهيتمي في الشجر: «إذا قال بعتك هذه الأرض وفيها بناء أو شجر نابت رطب ولو شجر موز على المعتمد ... فالمذهب أن ماذكر من البناء

---

(١) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦.

(٢) قليوبي، جـ٢، ص ٢٢٥.

(٣) أسنى المطالب، جـ٢، ص ٩٦ ، تحفة المحتاج والشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، والبيان، جـ٣، ورقة ٦٧ ، ٦٨ ، حلية العلماء، جـ٢، ص ٥٤٦. المهذب، جـ١، ص ٢٧٨ ، شرح جلال المحلي وقليوبي وعميرة، جـ٢، ص ٢٢٥ ، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٤.
وانظر نصوصهم في الفصل الأول بالهامش في المبحث الأول «مدى تبعية الشجرة الرطبة للأرض في البيع» في القول الأول.

(٤) تحفة المحتاج، جـ٤، ص ٤٣٩.

(٥) الشرواني على التحفة السابق.

والشجر يدخل في البيع لقوته بنقله الملك فاستتبع دون الرهن لضعفه، وقضيته أنه يلحق بالبيع كل ناقل للملك كهبة ووقف ووصية واصداق وعوض خلع وصلح. ويلحق بالرهن كل مالاينقله كاقرار وعارية وإجارة،. وألحق بكل مما ذكر التوكيل فيه، وفيه نظر. والفرق المذكور ينازع فيه فالذي يتجه أنه لااستتباع فيه. ولو قال بما فيها أو بحقوقها دخل ذلك كله قطعا حتى في نحو الرهن، أو دون حقوقها أو مافيها لم تدخل قطعا»[1].

ويقول المحلي: «قال بعتك هذه الأرض أو الساحة أو البقعة أو العرصة وفيها بناء وشجر فالمذهب أنه يدخل البناء والشجر في البيع دون الرهن، أي إذا قال: رهنتك هذه الأرض إلى آخر ماتقدم، وهذا هو المنصوص عليه فيهما، والطريق الثاني فيهما قولان بالنقل والتخريج. وجه الدخول أنها للثبات والدوام في الأرض فتتبع ووجه المنع أن اسم الأرض ونحوه لايتناولها، والطريق الثالث القطع بعدم الدخول فيهما وحمل نصه في البيع على ماإذا قال بحقوقها وكذا الحكم في الرهن لو قال بحقوقها فالفرق على الطريق الأول أن البيع قوي ينقل الملك فيستتبع بخلاف الرهن. ولو قال بعتكها بما فيها دخلت قطعا أو دون مافيها لم تدخل قطعا ويقال مثل ذلك في الرهن. وفي قوله بحقوقها وجهان. المذهب تدخل في البيع. الثاني لاتدخل في البيع ويأتي مثله في الرهن. ووجهه أن حقوق الأرض إنما تقع على الممر ومجرى الماء إليها ونحو ذلك»[2].

وفي البيان جاء عن الاطلاق في رهن الأرض وفيها شجر: «قال: بعتك هذه الأرض فهل يدخل البناء والشجر. نص الشافعي رحمه الله في

---

(١) تحفة المحتاج ومعها الشرواني والعبادي، جـ٤، ص ٤٣٩، وانظر نحو هذا النص في أسنى المطالب وعليه حاشية الرملي، جـ٢، ص ٩٦. وحاشية قليوبي على شرح المحلي، جـ٢، ص ٢٢٥، ٢٢٨.

(٢) شرح جلال المحلي، جـ٢، ص ٢٢٥، وانظر. المهذب، جـ١، ص ٢٧٨، روضة الطالبين، جـ٣، ص ١٩٤.

البـيـع أن ذلك يدخل. وقـال فـي الرهن: إذا قـال رهنتك هذه الأرض لم يدخل البناء والشجر. واختلف أصحابنا فيهما على ثلاث طرق. فقال أبو العباس: لايدخل فيهما لأن الأرض اسم للعرصة دون مافيها، وقوله في البيع أراد إذا قال بحقوقها. ومنهم من نقل جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين. أحدهما: يدخل فيهما لأن البناء والشجر من حقوق الأرض فـدخل في بيـعـهـا بمطلق العـقـد. والثاني لايدخل لأن الأرض اسم للعرصة وحدها. ومنهم من حمل المسألتين على ظاهره فقال في البيع يدخل بالاطلاق، وفي الرهن لايدخل من غير شرط. وفرّق بينهما بفرقين. أحدهما: أن البيع عقد قوي يزيل الملك فيتبع فيه البناء والشجر، والرهن عقد ضعيف لايزيل الملك فلم يتبع فيه البناء والشجر. والثاني: أنه لما كان النما الحادث من البيع بعد العقد للمشتري جاز أيضا أن يتبعها البناء والشجر، ولما كان النمـا الحـادث من الرهن بعـد العـقـد للراهن جـاز أن لايتـبـعـهـا البناء والشجر»[1].

وفي دخول أصل الزرع الذي يدوم . يقول المحلي: «وأصول البقل الذي يبقى في الأرض سنتين أو أكثر ويجز هو مرارا كالقت والهندباء والنعناع ... كالشجر ففي دخولها في بيع الأرض ورهنها الطرق السابقة ...»[2].

ويقـول الماوردي بعـد ذكـره لنص المزني: «وجـملة ذلك أن من ابتـاع أرضا ذات بناء وشجر لم يخل حال ابقاعه من ثلاثة أحوال: إما أن يشترط دخول البناء والشجر في البيع لفظا فيدخل، واما أن يشترط خروجه لفظا فيخرج. وإما أن يطلق العقد ويقول: ابتعت منك هذه الأرض. فنص الشافعي في البـيـع: أن مـا في الأرض من بناء وشـجـر يدخل في البـيـع. ونص في

(١) البيان للعمراني، ج٣، ورقة ٦٧ ، ٦٨.

(٢) شرح المحلي، ج٢، ص ٢٢٥ ، ونحو هذا النص في تحفة المحتاج وحاشية الشرواني، ج٤، ص ٤٤٠.

الرهن: أن مافي الأرض من بناء وشجر لايدخل في الرهن، فاقتضى لاختلاف نصه في الموضعين أن اختلف أصحابنا في المسألتين على ثلاث طرق. إحداها: وهي طريقة أبي الطيب بن سلمة وابن حفص الوكيل، أن نقلوا جوابه في البيع إلى الرهن، وجوابه في الرهن إلى البيع وخرجوا المسألة على قولين لاختلاف نصه في الموضعين: أحدهما: أن البناء والشجر لايدخل في البيع ولافي الرهن جميعا كما لاتدخل الثمرة المؤبرة في البيع ولافي الرهن. والقول الثاني: أن البناء والشجر يدخل في البيع والرهن جميعا، بخلاف الثمرة المؤبرة لأن الثمرة المؤبرة تستبقى مدة صلاحها ثم تزال عن نخلها وشجرها فصارت كالشئ المتميز فلم تدخل إلا بالشرط، والشجر يراد للتأبير، والبناء يجري مجرى أجزاء الأرض فصار داخلا في العقد. الطريقة الثانية: وهي طريقة أبي العباس: وهوأنه جعل اختلافه اختلاف نصه في الموضعين على اختلاف حالين: فجعل مانص عليه من دخول ذلك في البيع محمولا على أنه لو قال: بعتك الأرض بحقوقها يدخل في البيع البناء والشجر لأنه من حقوق الأرض ولو قال مثله في الرهن لدخل. وجعل مانص عليه من خروج ذلك من الرهن محمولا على أنه قال: رهنتك الأرض ولم يقل بحقوقها فلم يدخل في الرهن البناء والشجر لأنه أطلق ولو فعل مثله في البيع لم يدخل ولافرق بين البيع والرهن. والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي اسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا: أن حملوا جوابه في كل واحد من الموضعين على ظاهره وجعلوا البناء والشجر داخلا في البيع بغير شرط، ولم يجعلوه داخلا في الرهن إلا بالشرط، وفرقوا بين البيع والرهن بفرقين: أحدهما: أن عقد البيع يزيل الملك فجاز أن يكون مااتصل بالمبيع تبع له لقوته، وعقد الرهن يضعف عن إزالة الملك فلم يتبعه مالم يسمه لضعفه. والثاني: أنه لما كان ماحدث في البيع للمشتري جاز أن يكون مااتصل به من قبل المشتري، ولما كان ماحدث في الرهن لايدخل في الرهن

اقتضى أن يكون ماتقدم الرهن أولى أنه لايدخل فى الرهن»[١].

أقول: والمتولى فى التتمة ذكر مثله[٢].

مذهب الحنابلة: يرى الحنابلة أن غير البيع من العقود والتصرفات تأخذ حكم البيع خلافا ومذهبا وتفصلا. فيأخذ حكم البيع. الرهن والاقرار والوصية والوقف والصدقة، والصداق، وعوض الخلع والعتق والجعالة، والهبة، ونحو ذلك.

يقول المرداوى: «حكم الأرض إذا رهنها حكمها إذا باعها خلافا ومذهبا وتفصيلا. وقال فى الترغيب والتلخيص: هل يتبعهما فى الرهن كالبيع إذا قلنا يدخل أو لا؟ فيه وجهان لضعف الرهن عن البيع، وكذا الوصية»[٣].

وفى الروض: «وإن باع أرضا أو وهبها أو وقفها أو رهنها أو أقر أو أوصى بها ولو لم يقل بحقوقها شمل العقد غرسها وبناءها لأنهما من حقوقها».

قال العنقري: «وفيه رواية أنه لايشمل إلا ان قال بحقوقها»[٤].

وفى هامش الزركشى: «يلحق بالبيع كل عقد معاوضة كالاصداق وعوض الخلع، والاجارة والصلح»[٥].

(١) الحاوى الكبير، جـ٦، ص ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، وقد سبق هذا النص بهامش القول الأول فى المبحث الأول من الفصل الأول.

(٢) تتمة الابانة، جـ٤، ورقة ١٥٧، ١٥٨، وقد سبق النص بهامش القول الأول فى المبحث الأول من الفصل الأول.

(٣) الانصاف، جـ٥، ص ٥٦.

(٤) الروض المربع وعليه حاشية العنقري، جـ٢، ص ١٢٥، وانظر المغنى، جـ٤، ص ٢١٥، الشرح، جـ٤، ص ٢٠٣.

(٥) هامش شرح الزركشى، مجلد/٣، ص ٤٨٩.

وفي كشاف القناع: «وإن باع أرضا أو بستانا أو رهن أرضا أو بستانا أو أقر بأرض أو بستان أو أوصى بأرض أو بستان أو وقفه أو أصدقه في نكاح أو جعله عوضا في الخلع أو عتق أو جعالة ونحوه، أوهبة أو تصدق به دخل أرض وغراس وبناء ولو لم يقل بحقوقها»[١].

وقد جاء عندهم في الزرع مثل ذلك، وأيضا فإنهم يستخدمون العبارات الدالة على ماتقدم فيقولون: «البيع ونحوه . البائع ونحوه ، المشترى ونحوه»[٢]. والله أعلم

وإلى هنا نصل إلى نهاية البحث

أدعو الله أن يكون خاتمته القبول ... آمين

وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

والتابعين لهم باحسان إلى يوم الدين.

---

(١) كشاف القناع، جـ٣، ص ٢٧٦.

(٢) المصدر السابق، ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩.

فهرست المصادر

القرآن الكريم:

مصادر التفسير:

- **الجامع لأحكام القرآن:** لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي، المفسر. رحل إلى الشرق واستقر بمنية ابن خصيب وتوفى ودفن بها فى ليلة الاثنين التاسع من شوال سنة ٦٧١هـ . رحمه الله. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

- **احكام القرآن:** لأبى بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ . تحقيق عبد السلام محمد على شاهين. دار الكتب العلمية. بيروت . لبنان ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

مصادر الحديث وعلومه :

- **صحيح البخـــاري:** لأبى عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري. ولد فى بخارى يوم الجمعة بعد الصلاة ١٣ من شوال سنة ١٩٤هـ . وتوفى فى ليلة السبت من عيد الفطر سنة ٢٥٦هـ . مطبوع مع فتح الباري. الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ . دار الريان للتراث - المكتبة السلفية.

- **فتح الباري شرح صحيح البخاري السابق:** للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣ - ٨٥٢هـ) الطبعة الثالثة، ١٤٠٧هـ. دار الريان للتراث - المكتبة السلفية.

- **صحيح مسلم:** للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، توفي بنيسابور سنة ٢٦١هـ عشية الأحد ودفن يوم الاثنين وهو ابن خمس وخمسين سنة. دار الريان للتراث ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م . مطبوع مع شرحه للامام النووى.

شرح

- **شرح صحيح مسلم للنووي:** محى الدين أبو زكريا الشافعي. ولد في المحرم سنة ٦٣١هـ ، ومات في نوى سنة ٦٧٦هـ. دار الريان للتراث الطبعة السابقة.

- **سنن ابي داود:** أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الازدي (٢٠٢ - ٢٧٥هـ) دار الحديث - القاهرة، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

- **سنن الترمذي:** أبو عيسى محمد بن عيسى ين سورة السلمي الترمذي الضرير. اختلف في عام ولادته. ذكر البعض أنه ولد في سنة ٢٠٩هـ . وكانت وفاته في سنة ٢٧٩هـ ومع السنن. الشمائل المحمدية والخصائص المصطفوية. وكذلك شفاء الغلل في شرح كتاب العلل للترمذي أيضا. دار الفكر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

- **سنن ابن ماجة:** أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة (٢٠٧ - ٢٧٥هـ). تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. مطبعة دار إحياد الكتب العربية.

- **موطأ مالك:** إمام دار الهجرة مالك بن أنس. مطبوع مع المنتقى للباجي. ط أولى سنة ١٣٣٢هـ - مطبعة السعادة . والطبعة

الثانية دار الكتاب الاسلامي - القاهرة وهما لايختلفان.

- **المنتقى شرح الموطا:** لأبى الوليد الباجي الأندلسي (٤٠٣ - ٤٩٤هـ) الطبعة السابقة مع الموطأ.

- **نصب الراية لاحاديث الهداية:** للإمام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي نسبة إلى زيلع بلدة على ساحل الحبشة. وهو غير فخر الدين الزيلعي الفقيه صاحب تبيين الحقائق فالآخير شيخه. ولم يحدد أحد سنة مولده، واتفقوا على سنة وفاته (٧٦٢هـ). وقيل دفن بالقاهرة بشارع باب الوزير، وقيل بقرافة القاهرة بباب النصر وقد اندثرت. الطبعة الثانية للمجلس العلمى. ومعه حاشية بغية الألمعي فى تخريج الزيلعي.

- **منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار:** لأبى البركات مجد الدين عبد السلام ابن عبد الله بن أبى القاسم الحراني المعروف بابن تيمية ولد سنة ٥٩٠هـ تقريبا. وقيل ولد بمدينة حران سنة ٥٤٢هـ. وتوفى بها سنة ٦٢١هـ. مطبوع مع شرحه نيل الأوطار. مكتبة الكليات الأزهرية.

- **نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار السابق للشوكاني:** محمد بن على بن محمد الشوكاني ولد عام ١١٧٢هـ - ١٧٥٩م، وكان مولده بمكان أجداده وأهله يسمى «هجرة شوكان» بصنعاء اليمن. وكانت وفاته فى عام ١٢٥٠هـ - ١٨٣٥م. الطبع السابقة لمنتقى الأخبار.

- **بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام:** لشهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلاني القاهري (٧٧٣ - ٨٥٢هـ). مطبوع مع شرحه سبل السلام للصنعاني دار الكتب العلمية. بيروت - لبنان.

- **سبل السلام للصنعاني:** محمد بن اسماعيل بن صلاح الأمير الكحلاني ثم الصناعني ولد سنة ١٠٥٩هـ بكحلان. وتوفى سنة ١١٨٢هـ عن مائة وثلاث وعشرين سنة. الطبعة السابقة مع بلوغ المرام.

- **بغية الرائد فى تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوايد:** للحافظ نور الدين أبى الحسن علي بن أبى بكر بن صالح الهيثمي. القاهري الشافعي. ولد فى سنة ٧٣٥هـ . وتوفى فى سنة ٨٠٧هـ . تحقيق عبد الله محمد الدرويش وهو الذي أطلق على هذا المصدر بغية الرائد وذلك على سبيل الاستعارة من الحافظ جلال الدين السيوطي الذي بدأ فى كتابه (بغية الرائد فى الذيل على مجمع الزوائد) ولكن المنية لم تمهله ولم يصلنا ماكتبه. دار الفكر ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م . بيروت- لبنان.

- **تدريب الراوي فى شرح تقريب النواوي للسيوطي:** الناشر. دار الكتب الحديثة.

- **مذكرة فى علم مصطلح الحديث:** للدكتور/ عبد الفتاح محمد فايد. كلية الشريعة والقانون بالقاهرة. ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

- **اتحاف النبيل بأجوبة أسئلة المصطلح والجرح والتعديل:** لأبى الحسن مصطفى بن اسماعيل. الناشر مكتبة ابن تيمية بالقاهرة .

مصادر اللغة :

- **المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعي:** تأليف أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومي. المتوفى عام ٧٧٠هـ . ط. دار المعارف بالقاهرة.

- **مختار الصحاح** : للإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي. دار الكتب العلمية بيروت - لبنان. ط أولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

- **التعريفات للجرجاني:** الشريف على بن محمد الجرجانى. دار السرور. بيروت - لبنان.

- **لسان العرب لابن منظور:** جمال الدين محمد بن منظور المصري. دار صادر بيروت - لبنان.

مصادر أصول الفقه :

- **اصول الفقه:** للإمام محمد أبى زهرة. دار الفكر العربي. ١٣٧٧هـ . ١٩٥٨م.

- **علم اصول الفقه:** للشيخ عبد الوهاب خلاف. الطبعة الثامنة. دار القلم. الناشر مكتبة الدعوة الاسلامية. شباب الأزهر.

- **الموافقات فى اصول الشريعة:** لأبى اسحاق الشاطبي. ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٩٠هـ . دار الكتب العلمية. بيروت - لبنان.

مصادر الفقه :
اولا: المذهب الحنفي

- **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاساني:** علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء. المتوفى سنة ٥٨٧هـ . دار الكتاب العربي. بيروت - لبنان ، ط ثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

- **شرح فتح القدير لابن الهمام:** كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم السكندري الحنفي المتوفى سنة ٨٦١هـ . مع تكملته نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زادة المتوفى سنة ٩٨٨هـ . كلاهما على الهداية . دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

- **الكفـــــاية:** لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكرلاني على الهداية. مطبوع مع الشرح السابق.

-**الهداية شرح بداية المبتدي للمرغنناني:** برهان الدين أبو الحسن على بن عبد الجليل أبو بكر المرغيناني الرشداني . المتوفى سنة ٥٩٣هـ . مطبوع مع الشرح السابق.

- **شرح العناية على الهداية للبابرتي:** أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦هـ . مطبوع مع الشرح السابق.

- **حاشية سعد جلبي:** سعد الله بن عيسى الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥هـ على شرح العناية السابق وعلى الهداية.

- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي:** فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. الطبعة الثانية (أوفست) عن الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ١٣١٤هـ . طبعت بمطابع الفاروق الحديثة - القاهرة. حدائق شبرا.

- **حاشية الشلبي:** شهاب الدين أحمد الشلبي على تبيين الحقائق السابق.

- **الاختيار لتعليل المختار للموصلي:** عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود أبو الفضل مجد الدين الموصلي. المتوفى سنة ٦٨٣هـ. الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٧/٧٦.

- **حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار:** تأليف الشيخ محمد امين الشهير بابن عابدين. ط الثالثة ١٣٢٥هـ - المطبعة الكبرى الأميرية.

- **الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي:** بهامش الحاشية السابق.

ثانيا: مذهب المالكية:

- **الشرح الكبير:** لأبى البركات سيدى أحمد الدردير. ط. بدار احياء الكتب العربية . عيسى البابي الحلبي . ومعه تقريرات للشيخ محمد عليش.

- **حاشية الدسوقي:** محمد عرفة الدسوقى. وهى حاشية على الشرح السابق.

- **شرح الخرشي على مختصر خليل:** أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشي الشهير نسبه ونسب عصبته بأولاد صباح الخير. القاهري المتوفى سنة ١١٠١هـ . ودفن مع والده بوسط تربة المجاورين. دار الفكر.

- **حاشية العـــدوى:** على بن أحمد الصعيدى العدوي. وهي حاشية على الشرح السابق.

- **القوانين الفقهية لابن جزي:** أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغـرناطي. توفى شـهـيـدا فى واقـعـة طريف سنة ٧٤١هـ. وكان مولده سنة ٦٩٣هـ.

- **المنتقى شرح الموطأ للباجي:** القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد ابن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي. المولود فى سنة ٤٠٣هـ . المتـوفى سنة ٤٩٤هـ - ط. ثانيـة. دار الكتـاب الاسلامي القـاهرة. «أوفـست» عن الطبـعـة الأولى ١٣٣٢هـ. مطبعة السعادة.

- **جواهر الاكليل شرح مختصر خليل:** للشيـخ صـالح عـبـد السـمـيع الآبى الأزهري. دار احيـاء الكتب العـربيـة. عيسى البـابى الحلبي.

- **الشرح الصغير على اقرب المسالك:** لأبى البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. هدية من حاكم دبي بدولة الامارات العربية. راشد المكتوم.

- **حاشية الشيخ احمد بن محمد الصاوى:** بهامش الشرح السابق. ثم التعليق الحـاوي لبـعض البحـوث على شـرح الصـاوي للشـيخ محمد بن ابراهيم المبارك.

- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد:** لأبى الوليـد مـحـمـد بن أحـمـد بن رشـد القرطبي. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. تحقيق طه عبد الرءوف سعد.

- **شرح الامام أبى الحسن:** المسمى كفاية الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيروانى فى مذهب الامام مالك مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني - القاهرة.

- **حاشية الشيخ على الصعيدي العدوي:** على الشرح السابق.

ثالثا: مذهب الشافعية:

- **البيان للعمراني:** يحي بن أبى الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله بن محمد بن موسى بن عمران العمراني ولد سنة ٤٨٩هـ . وتوفى سنة ٥٥٨هـ ، صنف البيان فى ست سنوات من سنة ٥٢٨هـ - حتى سنة ٥٣٣هـ (طبقات الشافعية الكبرى، جـ٤، ص ٣٢٤) والبيان مخطوطة بدار الكتب المصرية تحت رقم/ ٢٥ فقه شافعي. رقم الميكروفيلم/ ٤٠٤٣٦. مجلدة/ ٣.

- **تتمة الابانة للمتولي:** أبو سعد عبد الرحمن بن مأمون بن على بن ابراهيم النيسابوري المتولي. ولد سنة ست أو سبع وعشرين وأربعمائة. صنف التتمة ووصل فيها إلى الحدود ثم مات سنة ٤٧٨هـ (الطبقات الكبرى، جـ٥، ص ١٠٦، ١٠٧ . ووفيات الأعيان لابن خلكان، جـ٢، ص ٣١٤ - ٣١٦) والتتمة مخطوطة بدار الكتب تحت رقم/ ٥٠ فقه شافعي مجلدة/٤. رقم الميكروفيلم/ ٤١٥١٣. تاريخ النسخ (٦٨٠هـ).

- **الحاوى الكبير للماوردي:** أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي (٣٦٤ - ٤٥٠هـ) حققه. د/محمود مطرجي

وآخـرون. دار الفكر. بيـروت - لبنان. المكتـبـة التجارية مصطفى أحمد الباز. ومعه مختصر المزني.

- **روضــــة الطالبين**: لأبي زكريا يحي بن شرف النوي الدمشقي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ومعـه منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفـروع للحـافظ جلال الدين السـيـوطي تحـقـيق الشيـخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيـخ علي محمد معـوض. دار الكتب العلمية، بيـروت - لبنان. ط. أولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

- **المهذب للشـــيرازي**: أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيـروز أبادى الشيرازي. دار الفكر.

- **النظم المستعذب في شرح غريب المهذب**: للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبي. مطبوع بهامش المهذب السابق.

- **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**: لابن حجر اليهتمي. دار إحياء التراث العربي.

- **حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني**: على التحفة السابق.

- **حاشية أحمد بن قاسم العبادي**: على التحفة السابق.

- **حاشية الباجوري**: على ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع. دار إحيـاء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي .

- **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للقفال الشاشي**: أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي. الناشر. مكتبة نزار مصطفى الباز. مـكـة المكرمــــة - الرياض. ط. أولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

- **الأم**: لأبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤هـ) مع مختصر المزني. دار الفكر. بيروت - لبنان، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

- **اسنى المطالب شرح روض الطالب**: للقاضي أبو يحي زكريا الأنصاري (٨٢٦ - ٩٢٦هـ) الناشر. دار الكتاب الاسلامي بالقاهرة.

- **حاشية الشيخ ابى العباس بن احمد الرملي الكبير الانصاري**: بهامش الأسنى السابق.

- **شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووي**: مطبعة دار إحياء الكتب العربية. عيسى الباي الحلبي.

- **حاشية الشيخ شهاب الدين القليوبي**: مع الشرح السابق.

- **حاشية الشيخ عميره**: مع الشرح السابق.

- **مغنى المحتاج**: للشربينى الخطيب. ط. دار الفكر.

- **تكملة المجموع الأولى للسبكي**: ط. الامام نشر زكريا على يوسف.

- **الشامل لابن الصباغ**: أبو نصر عبد السيد بن أبى طاهر محمد بن عبد الواحد بن محمد البغدادي ولد سنة ٤٠٠هـ وتوفى سنة ٤٧٧هـ . مخطوطة محققة فى رسالة ماجستير بكلية الشريعة بالقاهرة تحت رقم ٢٠٨٢. للباحث/ ابراهيم رفعت الجمال ١٩٩٠م.

- **فتح العزيز شرح الوجيز للرافعى**: عبد الكريم بن محمد الرافعي. على هامش المجموع شرح المهذب. دار الفكر.

- **حاشية البجــــيرمي**: الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي توفى ١٢٢١هـ. ط. المطبعة الكبرى ببولاق مصر، ١٣٠٩هـ.

رابعا: مذهب الحنابلة:

- **المغنى لابن قدامــة**: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ على مختصر أبى القاسم عمر بن الحسين عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤هـ دار الفكر. بيروت - لبنان. ط أولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

- **الشرح الكبير على متن المقنع للمقدسي**: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ. مطبوع مع المغنى السابق.

- **كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي**: منصور بن يونس بن اديس البهوتي. عالم الكتب. بيروت - لبنان.

- **الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي**: علاء الدين أبو الحسن على بن سليمان المرداوي. دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، ط. أولى، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م. أوفست. مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ١٩٥٦م.

- **القواعد فى الفقه الاسلامي لابن رجب**: أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥هـ. الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨. دار الجيل. بيروت - لبنان.

المستقنع

- **الروض المربع شرح زاد المتسقنع للبهوتي**: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي. الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض - السعودية. مطبعة السعادة القاهرة. ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م. ومعه حاشية العنقرى.

- **حاشية الروض المربع السابق**: لأبى عبد الله بن عبد العزيز العنقرى على الروض السابق.

- **شرح الزركشى على مختصر الخرقى فى الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل**: تأليف الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشى المصرى الحنبلى المتوفى سنة ٧٧٢هـ تحقيق وتخريج عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين. الناشر. مكتبة العبيكان - الرياض طريق الملك فهد مع تقاطع العروبة. ط. أولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

خامسا: مذهب الظاهرية:

- **المحلى بالآثار لابن حزم**: أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي محقق. دار الفكر، هكذا على الجلد. وبالداخل. دار الكتب العلمية. بيروت - لبنان، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

سادسا: مذهب الاباضية:

- **شرح النيل وشفاء العليل**: للشيخ محمد بن يوسف أطفيش. مكتبة الارشاد بجدة، وهو شرح لكتاب النيل للشيخ الثميني، وهما من إباضية المغرب با لجزائر.

- **نتائج الاقوال نثر مدارج الكمال:** لسعيد بن سليمان الحارثي. ط. أولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م مكتبة الضامري بسلطنة عمان.
وهو من كتب المشارقة بعمان.

- **الايضاح للشيخ عامر بن علي الشماخي:** وزارة التراث بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م وعليه حاشية أبي ستة النفوسي. وهما من اباضية المغرب. الشماخي بالجزائر. وأبو ستة بجبل نفوسه، لبيا.

- **المصنف:** لأبي بكر الكندي النزوي، وزارة التراث بسلطنة عمان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م وهو من كتب المشارقة بعمان.

- **الجامع لابن بركة:** أبو محمد عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي العماني نسبة إلى ولاية بهلا. سلطنة عمان وزارة التراث. المطبعة الشرقية بمطرح. وهو من كتب المشارقة بعمان.

أ.هـ

فهرس الموضوعات

والله الموفق ،

رقم الإيداع بدار الكتب
٩٨ /٤٣٣٤
١٩٩٨/٣/١٠
ترقيم دولي I.S.B.N
977-19-5702-3

الإيمان للطباعة
تليفون :٤٢٦٣٩٦٠